

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE
DU
Système Actuel de Preuves
EN DROIT CIVIL

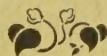
Thèse pour le doctorat juridique
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 27 Juin 1910, à 2 heures du soir

PAR

Gabriel GILLY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



LYON
IMPRIMERIE DE LA « REVUE JUDICIAIRE »
23, Rue Claudia, 23

—
1910

THÈSE

POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. ✱, I. ☞, Doyen honoraire, correspondant de l'Institut.

MABIRE, ✱, I. ☞, professeur honoraire.

THALLER, ✱, I. ☞, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ☞, professeur honoraire.

FLURER, I. ☞, doyen, professeur de Droit civil.

GARRAUD, I. ☞, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ☞, professeur de Droit romain.

COHENDY, O. ✱, I. ☞, professeur de Droit commercial.

PIC, I. ☞, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), I. ☞, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ☞, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, I. ☞, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, I. ☞, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, I. ☞, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

BROUILHET, I. ☞, professeur d'Économie politique.

HUVELIN A. ☞, professeur de Droit romain.

LÉVY, A. ☞, professeur de Droit civil.

GONNARD, A. ☞, professeur d'Histoire des Doctrines Économiques et d'Économie politique.

BOUVIER-BANGILLON, I. ☞, professeur de Procédure civile.

BECQ (J.). I. ☞, secrétaire.

MEMBRES DU JURY

Président : M. le Doyen FLURER.

Assesseurs : MM. JOSSERAND, *professeur*

BOUVIER-BANGILLON, *professeur*.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE
DU
Système Actuel de Preuves
EN DROIT CIVIL

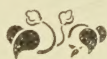
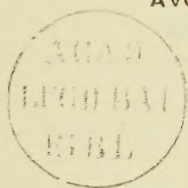
Thèse pour le doctorat juridique
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le 27 Juin 1910, à 2 heures du soir

PAR

Gabriel GILLY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



LYON
IMPRIMERIE DE LA « REVUE JUDICIAIRE »

23, Rue Claudia, 23

—
1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

Modeste hommage de profonde reconnaissance
et de tendre affection

Lyon, le 4^{er} Novembre 1909.

G. G.

BIBLIOGRAPHIE

- J. BENTHAM. — Traité des preuves judiciaires. Paris, 1830.
LE GENTIL. — Essai historique sur les preuves. Paris, 1863.
MICHELET. — Origines du droit français. Paris, 1837.
MONTROCHET. — Psychologie du témoignage. Lyon, 1907.
DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon. Paris, 1879.
RUBEN DE COUDER. — Dictionnaire du droit commercial. Paris, 1881.
ROUSSEAU ET LAISNEY. — Dictionnaire de procédure civile. Paris, 1886.
GARSONNET. — Cours de procédure civile. Paris, 1883.
L'AROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations. Paris, 1857.
LAURENT. — Principes de droit civil. Bruxelles-Paris, 1869-1878.
POTHIER. — Traité des obligations. Paris, 1777.
MERLIN. — Répertoire. Paris, 1827.
TOULLIER. — Le droit civil français suivant l'ordre du code. Paris, 1835-1843.
HUC. — Commentaire théorique et pratique du code civil. Paris, 1891-1902.
PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 4^e édit. Paris, 1906.
ARON. — Thèse. Paris, 1895.

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français. Paris, 1869-1879.

BERRIAT-SAINT-PRIX. — Notes élémentaires sur le code civil. Paris, 1845-1856.

TAULIER. — Théorie raisonnée du code civil. Paris, 1840-1846.

DOMAT. — Les lois civiles dans leur ordre naturel. Paris, 1777.

DALLOZ. — Jurisprudence générale et supplément.

FUZIER-HERMAN. — Répertoire.

DALLOZ. — Recueil périodique.

SIREY. — Recueil périodique.

Pandectes françaises.

INTRODUCTION

Bentham distingue dans le droit deux éléments bien différents : d'une part, les principes de fond qui sont l'objet des lois créant les droits et les obligations, ou lois *substantives*, et, d'autre part, les règles et moyens d'application de ces lois fondamentales, contenus dans les lois de procédure appelées par le juriconsulte anglais, lois *adjectives*. C'est dans cette dernière division que rentre le système des preuves qui ne sont autre chose que les moyens pour le juge d'appliquer convenablement les lois qu'il a la mission de faire respecter.

Comme les lois substantives, qu'elles seules permettent d'appliquer, les lois adjectives remontent à la plus haute antiquité. Sans elles, la loi serait restée une pure abstraction, un dogme inutile et sans valeur. On conçoit mal une législation qui se bornerait à édicter des principes sans indiquer de règles pratiques de les mettre en vigueur.

Mais si les principes du Droit ont traversé sans altération — ou presque — les siècles qui nous sépa-

rent du premier législateur, il n'en fut pas de même des règles sur l'organisation judiciaire ou sur la procédure. On comprend aisément que ces lois adjectives, pour employer l'expression heureuse d'ailleurs de Bentham, n'aient pu être coulées en airain comme ces règles sacrées qu'elles sanctionnaient; mais, basées sur des traditions, sur des coutumes ou des préjugés, elles devaient varier avec les races, les peuples et les siècles.

« La manière de prouver les faits en justice, dit « M. Solon (1), a beaucoup varié selon les temps et « selon les lieux. On peut même se convaincre, en y « réfléchissant un peu, que chez tous les peuples, les « mœurs et les préjugés dominants eurent, autant que « la pénurie des moyens, une influence immédiate sur « les modes qui furent admis pour les constater. »

Et cela est vrai. Dans toute civilisation naissante et, par conséquent, religieuse, le serment prédomine en raison de son origine toute divine. Du serment, on en arrive bientôt au témoignage. Chez le peuple dont la civilisation est plus avancée, l'usage de l'écriture et aussi l'atténuation des croyances et de la foi religieuse donnent naissance à la preuve littéraire. Chez le peuple superstitieux, ce sont les ordalies, les épreuves, qui dégénèrent parfois en tortures. Chez le peuple belliqueux ou simplement chevaleresque, ce sont les jugements de Dieu avec le combat judiciaire.

Mais s'il est vrai que ces symboles ont leur origine

(1) Solon, *Essai historique sur les différents genres de preuves en usage depuis les premiers siècles jusqu'à nos jours*, p. 1.

dans les tendances particulières de chaque peuple, dans les influences politiques, religieuses ou sociales, qui s'y manifestent, on doit retrouver dans toutes les civilisations le même processus et la même évolution. C'est la conclusion à laquelle arrive M. Le Gentil après avoir étudié, dans son savant *Essai historique*, le système des preuves dans les législations juive, égyptienne, indienne, grecque et romaine. « Mais malgré
 « ces dissemblances, malgré même, ajouterons-nous,
 « les plus graves erreurs et les plus choquants con-
 « trastes qu'en vain on chercherait à dissimuler, ce
 « qui nous a surtout affecté a été cette harmonie ré-
 « sultant dans l'ensemble de la similitude pour la for-
 « me et de l'unité pour le fond du système judiciaire. »

Telle est la constatation que fait Michelet qui étudie dans sa merveilleuse préface des *Origines du Droit Français* le symbole juridique. « C'est un imposant
 « spectacle, dit-il, de voir les principaux symboles ju-
 « ristiques se reproduire chez tous les pays, à travers
 « tous les âges... Ce fut pour moi une grande émotion
 « lorsque j'entendis pour la première fois ce chœur
 « universel. Un tel accord du monde, si surprenant
 « dans les langues, me touchait profondément dans
 « le droit. Tout au rebours du sceptique Montaigne
 « qui s'informe si curieusement des usages de tous
 « les peuples pour y surprendre des dissonnances mo-
 « rales, j'en admirais la concordance. Le miracle deve-
 « nait sensible. De ma petite existence d'un moment,
 « je voyais, je touchais, indigne, l'éternelle commu-
 « nion du genre humain... Fraternité des peuples, fra-

« ternité des idées, je distinguais l'un et l'autre dans
« l'analogie des symboles. »

Pourrait-il en être autrement et serait-il possible
d'atteindre à la Vérité, base du Droit Naturel et fon-
dement de toute justice, par des moyens dissembla-
bles ou hétérogènes ?

*

Parmi les différents modes de preuve, le plus ré-
pandu, sinon le plus ancien, est incontestablement le
témoignage. Aujourd'hui surtout, la rapidité avec la-
quelle les affaires se concluent, le nombre important
des contrats qui se forment à chaque instant de la
vie et, il faut bien le dire, le goût des procès qui
croît en France d'une façon excesssive à mesure que
semble disparaître la bonne foi proverbiale de nos an-
cêtres, font du témoignage le plus usité et le plus im-
portant des modes de preuve. Il est aussi celui dont
l'étude est la plus captivante en raison des nombreux
problèmes philosophiques et psychologiques du plus
haut intérêt qu'on y rencontre à chaque page. D'autre
part, la preuve littérale est de beaucoup la plus sûre
puisque'elle est établie, en général, au moment du con-
trat pour en démontrer l'existence et les modalités.

Nous n'entrerons pas ici dans les développements
considérables que nécessiterait une étude spéciale de
ces modes de preuve, pour deux raisons. La première,
c'est qu'il convient de rester dans les limites que nous
nous sommes tracées : la seconde, la plus sérieuse,

c'est qu'il nous serait téméraire d'aborder un sujet sur lequel tant d'aperçus ingénieux et d'idées profondes ont été donnés, et tant de choses merveilleusement écrites par les psychologues, les criminalistes et les juristes de la fin du XIX^e et du commencement du XX^e siècle (1).

Nous nous bornerons, dans une première partie, à indiquer rapidement les principes généraux sur l'admission de la preuve, les conditions de cette admission et les pouvoirs du juge, et dans une seconde partie, nous étudierons les divers modes de preuve autorisés par le Code civil et la jurisprudence.

(1) *D^r Toulouse*, Le Témoignage, 29 août 1903, p. 257. — *Hans Gross*, Handbuch für Untersuchungsrichter, traduit par Bourcart sous le titre de « Manuel pratique d'instruction judiciaire ». — *Binet*, La Suggestibilité. — *Stern*, Beiträge zur Psychologie der Aussage, revue publiée à Leipzig. — *Borst et Claparède* : La Fidélité et l'Educabilité du Témoignage. — *Garraud* : Traité de procédure pénale. — *Montrochet* : La Psychologie du Témoignage. — *Delbruck* : Die pathologische Lüge. — *Jozon* : De la foi due aux actes authentiques et sous seings privés. — *Braas*, Théorie légale des actes sous seings privés.

PREMIÈRE PARTIE

Principes généraux gouvernant l'admission de la preuve

CHAPITRE PREMIER

Définitions. — Notions générales

Si l'on envisage la *preuve* d'une façon générale, ce mot désigne tout moyen direct ou indirect d'arriver à la connaissance d'un fait. C'est, suivant le dictionnaire de l'Académie, « ce qui établit la vérité d'une proposition, d'un fait », et, d'après Domat (Lois Civiles, liv. III, tit. 6), « ce qui persuade l'esprit d'une vérité. »

Ainsi conçue, la théorie des preuves est du domaine de la philosophie. C'est à cette science qu'il faut de-

mander la solution de ces problèmes : Qu'est-ce que la certitude? Pouvons-nous y atteindre? A quels signes distinguerons-nous la certitude de l'erreur? Ce n'est point là le but de notre étude; qu'il nous suffise de signaler ici l'analyse sommaire des doctrines philosophiques relatives à la preuve, donnée par Toullier (t. VIII n. 2) et les travaux considérables de Solon dans son édition du livre de Gabriel sur les preuves.

A un point de vue plus restreint et plus juridique, la preuve est suivant Mascardi (quest. 2, n. 8), « *ostensio rei dubiæ per legitimos modos judici faciendæ in causis apud ipsum judicem controversis* », et d'après Cujas, « *testimonia vel instrumenta quibus fides veri constat* ». D'après M. Mittermaier, la preuve est « la somme des motifs producteurs de la certitude. »

Enfin, au point de vue plus restreint encore qui nous occupe, la preuve est la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un droit. Nous n'entendons ne nous occuper ici que de la preuve de fait; la preuve du droit faisant l'objet de la théorie importante de l'interprétation des lois.

Parmi les différentes sortes de preuves que l'on peut soumettre au juge pour fonder sa conviction, les unes ont une force absolue à laquelle le juge ne peut se soustraire, les autres ont une force toute relative, et leur effet est soumis à la prudence des magistrats qui en apprécient souverainement la valeur. Les premières, que l'on pourrait appeler preuves *légales*, sont celles que la loi veut qu'on tienne pour sûres et auxquelles le juge doit conformer son jugement sous peine

de censure. Telles sont, par exemple, les présomptions de la règle *Pater is est...*, de l'autorité de la chose jugée. De même, le juge est obligé de se conformer aux présomptions de l'article 911 du Code civil concernant les interpositions de personnes, de l'article 1282 concernant la remise de dette : à l'autorité attachée par la loi aux actes authentiques constatant les conventions des parties et même aux actes sous seing privé (Art. 1134 C. civ. et arrêt de la Cour de cassation Ch. civ. 18 avril 1826). Les secondes sont celles dont le juge peut ne pas tenir compte lorsqu'il n'est pas persuadé. Telles sont, par exemple, les témoignages dont la force probante est appréciée en toute liberté par le magistrat qui ne saurait être lié par le nombre des dépositions, s'il a des raisons de croire qu'elles ne sont pas l'expression de la vérité.

La doctrine ancienne a imaginé d'autres divisions, purement théoriques d'ailleurs et dénuées d'intérêt. C'est ainsi que des auteurs distinguaient les preuves *pleines* et les preuves *moins-pleines* ou *semi-pleines*. Les premières comprenaient celles d'où résulte une certitude absolue; les secondes, celles qui, sans démontrer d'une façon formelle le fait allégué, établissent des probabilités ébranlant la conviction du juge. Cette division, acceptée par Mascardi, Duranton, Toullier, a été vivement combattue par Cujas et Merlin, qui soutiennent qu'il ne peut pas plus y avoir de demi-preuve que de demi-vérité. Quoiqu'il en soit, il n'en reste pas moins que le Code civil semble admettre l'existence de ces preuves *semi-pleines* dans l'article 1367, qui auto-

rise le juge à déléger le serment supplétoire à condition que la demande ou l'exception ne soit ni *pleinement justifiée* ni *totalement dénuée de preuves*.

De même, les auteurs ont admis depuis Aristote (1) la division des preuves *artificielles* et *inartificielles*. Les premières sont dûes uniquement à l'esprit et à l'art de l'orateur qui les crée; les secondes existent indépendamment du talent de l'orateur, qui les trouve toutes faites et n'a qu'à leur donner « la force dont elles sont susceptibles ». Ce sont les seules dont s'occupe le Code civil.

La seule division qui nous paraisse utile et dont nous ferons état est la division en preuves *directes* et preuves *indirectes*. La preuve est directe lorsqu'elle démontre précisément le fait contesté; elle est indirecte lorsqu'elle démontre un autre fait de la certitude duquel on peut induire la vérité de celui dont il s'agit. Ces inductions constituent les présomptions de l'article 1349 du Code civil. Les auteurs de cette distinction ont ainsi envisagé la preuve sous le rapport des moyens employés pour faire naître la conviction du juge; c'est évidemment là la division la plus logique et la plus conforme à la nature et à la définition même de la preuve.

*
* *

(1) Rhétorique d'Aristote, chap. 2.

De la manière de faire la preuve et de la maxime

« SECUNDUM ALLEGATA ET PROBATA... »

De ce que faire la preuve n'est autre chose, si on se place au point de vue restreint qui nous occupe, que former la conviction du juge sur l'existence d'un fait déterminé, il n'en résulte pas que tous les modes de preuve soient admissibles ni que cette conviction du juge soit suffisante à baser une sentence, abstraction faite des moyens employés par le magistrat pour y arriver. Le législateur, au contraire, a limitativement fixé les modes de preuves admissibles tant en matière civile qu'en matière commerciale ou criminelle. Il a même fixé pour chacun de ces modes de preuves les conditions de recevabilité et il n'est pas dans le pouvoir du juge de recourir à un autre moyen de preuve que ceux énumérés dans le Code civil et de procédure civile, ni de les soustraire aux conditions exigées par la loi.

De ce principe de limitation imposée par le législateur résultent deux conséquences particulièrement importantes :

1° Le juge ne peut rendre sa décision d'après la connaissance personnelle qu'il aurait pu acquérir des faits litigieux en dehors des modes de preuve établis par la loi.

2° Il ne peut statuer que sur les points de fait allégués et prouvés par les parties.

1° *Le juge ne peut rendre sa décision d'après la connaissance personnelle qu'il a d'un fait.*

Mascardi posait ainsi la question (Conclus. 951,

tome II, page 486) : *An iudex judicare debeat secundum conscientiam an secundum allegata et probata.* La presque unanimité des auteurs répond négativement à cette question et refuse au juge le droit de juger d'après la connaissance personnelle qu'il peut avoir d'un fait. La conviction du magistrat ne peut, au contraire, être formée qu'à l'aide des moyens de preuve ou d'instruction admis par la loi et administrés et mis en œuvre suivant les règles qu'elle prescrit (1). C'est la solution que donnaient à cette question saint Thomas d'Aquin (sec. part. quest. 67, art. 2) et Abélard (Commentaire sur l'Épître aux Romains, t. II). C'est celle que prescrit Charles VII dans son ordonnance de Montils-lez-Tours, d'avril 1453, lorsqu'il « ordonne et dé-
« cerne que tous les juges de nostre royaume jugent
« certainement et selon les choses alléguées et prou-
« vées par devant eux par les parties... » (2).

(1) Toullier, t. 8, note 39 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 3, p. 490, § 587, note 12 ; Duranton, t. XIII, n. 9 ; Thomine-Desmazures, t. 1, n. 296 ; Rauter, *Cours de Procéd.*, n. 70 ; Chauveau sur Carré, *Lois de la Proc.*, t. 2, quest. 975 ter ; Larombière, art. 1316, n. 9 ; Bioche, *Dict. de proc.*, v^o Enquête, n. 39 ; Aubry et Rau, t. 8, p. 153 ; Demolombe, XXIX, n. 199 à 202 ; Bonnier, n. 101 ; Laurent, t. 19, n. 83. — Solon est l'unique auteur qui soutienne l'affirmative. Il prétend, dans son *Essai*, n. 248 et s., que la vérité est une et qu'il importe peu que nous arrivions à sa connaissance par un moyen ou un autre. Erreur, car l'opinion que le juge aura de tel ou tel fait pourra, à son insu et même sans qu'il puisse le contrôler, avoir été influencée par des sentiments qui excluent l'impartialité.

(2) Ordonnance de Montils-lez-Tours, n. 123, *Rec. gén. des anc. lois franç.* t. 9, p. 251.

La jurisprudence a consacré à juste titre cette théorie considérée avec raison comme la garantie la plus sûre de l'impartialité d'un magistrat que Cicéron appelle la loi vivante *lex loquens* (1). Il est établi d'une façon définitive que « la preuve ne peut être recherchée dans les notions du juge comme homme privé, mais bien dans les actes, dans les témoignages réguliers et dans les présomptions légales qui sont invoquées devant lui comme homme public : « Non sufficit ut judex sciat, sed necesse est ut ordine juris cognoscat. » (2).

De même, et c'est là une conséquence de ce principe, le juge ne peut davantage former sa conviction d'après la notoriété publique. En effet, admettre comme base légale d'un jugement la notoriété publique, c'est juger d'après la connaissance personnelle que l'on a pu avoir des faits litigieux. C'est la solution qu'admet, malgré les objections de Larombière sous l'article 1316, la majorité des auteurs et, avec elle, la Cour de cassation (Civ. 22 juillet 1873, S. 1874.1.127).

2° *Le juge ne peut statuer que sur les points de fait allégués et prouvés par les parties.*

(1) Riom, 3 nov. 1809, S. chr. 1809. II.143 ; — Rennes, 29 fév. 1820, S. chr. 1820. II. 216 ; — Montpellier, 23 août 1852, S. 1853.2.239 ; — Cass. civ. 16 janv. 1839, S. 1839.I. 111 ; — 28 avril 1874, S. 74.1.320 ; — 21 mai 1878, S. 78, 1.408.

(2) Montpellier, 23 août 1852, S. 1853.2.239 ; — Cf. Cass., 8 juillet 1855, S. 55. I. 48) ; — Bastia, 7 fév. 1855, S. 55. 2. 137 ; — Cass., 13 avril 1892, S. 95. I. 359 ; Cass. 23 juin 1904, D. 1905 I. 525.

D'une part, la mission du juge est déterminée par l'étendue de la demande des parties : il doit être statué sur tous les points articulés par les parties et seulement sur ceux-là. C'est la vieille règle de l'ordonnance de Montils-lez-Tours que les rédacteurs du Code de procédure civile ont maintenue dans l'article 480. Aux termes des § 3, 4 et 5 de cet article, les jugements qui « prononcent sur choses non demandées », ceux qui « adjugent plus qu'il n'a été demandé » (*ultra petita*) ou qui « omettent de prononcer sur l'un des chefs de la demande », peuvent être attaqués par une voie extraordinaire de recours, la requête civile.

D'autre part, faut-il encore que les points de fait articulés par les parties soient prouvés. Nous venons de voir que cette preuve doit être faite par un des moyens établis par la loi. Ce n'est pas là la seule restriction apportée au pouvoir souverain d'appréciation des juges. La règle de toute justice, *ne auditus condemnatur*, serait violée s'il n'était pas permis à chaque partie de connaître et de combattre les preuves de son adversaire. Il en résulte que le juge ne pourra baser sa conviction sur des éléments de preuves qui n'auront pas été portés à la connaissance des parties et qu'elles n'auront pu discuter publiquement. Tel est le principe que la Cour de cassation a sanctionné à différentes reprises en décidant notamment qu'un Tribunal ne pouvait faire état d'une lettre écrite par un tiers au président, ou de titres retrouvés par les soins du ministère public, ou de déclaration d'un tiers, sans que cet élément de décision ait été communiqué aux

parties et que celles-ci aient été mises à même de s'expliquer dans un débat public (1).

Enfin, certains interprètes exigent que les preuves sur lesquelles le juge appuie sa décision aient été produites dans l'instance même où « s'agit la prétention à l'appui de laquelle on les invoque » (2). Sur ce point, les auteurs ne sont d'accord ni entre eux ni avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Les uns — comme Toullier et Demolombe — rejettent toute preuve qui n'aura pas été faite au cours de la constatation soumise au juge; les autres — Chauveau, Laurent — exceptent de la rigueur de cette règle les preuves établies dans une autre instance, à condition que cette instance ait eu lieu entre les mêmes parties, et que celles-ci aient été appelées contradictoirement à l'établissement de cette preuve.

A notre avis, il y a lieu d'examiner la question à trois points de vue différents :

1° La preuve a-t-elle été faite dans une instance autre que celle sur laquelle le juge est appelé à statuer, mais au cours d'une enquête où l'une des parties n'a pas été appelée, ou à laquelle elle n'a pas assisté et n'a point été représentée ?

Cette preuve ne peut évidemment pas lui être oppo-

(1) Cass. 31 déc. 1878, S. 1879 1. 463 ; — 25 mai 1886, S. 1889. 1. 424 ; — 20 nov. 1889, S. 1890. 1. 7 ; — 23 avril 1902, S. 1902. 1. 260.

(2) Demolombe, t. 29, n. 204. — Toullier, t. 8, n. 26,

sée ; c'est aux yeux de cette partie *res inter alias acta* (1).

2° La preuve a-t-elle été faite dans une autre instance, mais au cours d'une enquête à laquelle les deux parties ont été appelées ?

En ce cas, nous estimons, avec Laurent et la Cour de cassation, que cette preuve doit être admise et doit contribuer à la solution de ce nouveau procès. Le caractère contradictoire d'une enquête donne aux deux parties toutes les garanties désirables et le procès-verbal devient une pièce commune entre les parties dont elles peuvent se servir dans leurs rapports ultérieurs (2).

3° S'agit-il enfin pour le juge de puiser la preuve d'un fait contesté dans une enquête ayant eu lieu au cours d'une instance devant une juridiction d'un autre ordre que la sienne, par exemple devant une juridiction répressive.

Ici encore, nous pensons qu'il faut rejeter l'opinion rigoureuse d'Aubry et Rau et de Demolombe, et résoudre la question à l'aide d'une distinction : l'instruction criminelle au cours de laquelle a eu lieu l'enquête a pu être close par un non-lieu ou par un jugement rendu par le Tribunal devant lequel l'affaire avait été renvoyée.

(1) Cassation, 22 messidor an VII, S. chr. ; — Colmar, 22 juillet 1810, S. chr. ; — Douai, 31 mars 1903, D. 1903. 2. 453.

(2) Cassation, 27 janvier 1830, S. chr. ; — 24 déc. 1839, S. 1840. 1. 167.

Dans la première hypothèse, c'est-à-dire au cas où l'instruction a été close par un non-lieu, il paraît dangereux d'autoriser les juges civils à puiser leur conviction dans de pareils procès-verbaux qui ne sont pas à la disposition des parties et qui ont été dressés par le juge d'instruction hors la présence des parties, sans que ces dernières puissent exercer leur droit de reproche et de contradiction. D'autre part, une instruction terminée par un non-lieu et qui, par conséquent, n'aurait jamais dû être faite, doit rester lettre close tant que la procédure n'est pas reprise sur charges nouvelles. C'est ce que décide la jurisprudence (1).

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire au cas où l'instruction a été close par un jugement, la majorité des auteurs estime qu'une telle enquête ne peut servir d'élément de preuve à un juge civil. La Cour de cassation avait ratifié l'opinion dominante dans un arrêt de principe du 22 messidor an VII (2). Pour notre part, nous croyons avec Laurent que cette règle est trop absolue. Evidemment, les preuves fournies en matière criminelle ou correctionnelle n'offrent pas les mêmes garanties qu'en matière civile, mais elles n'en sont pas moins des déclarations authentiquées. Pourquoi les

(1) Cassation, 15 juin 1878, Duffau S. 1879. 1. 393 et note de M. Labbé ; — Cass., 17 juin 1834, S. 1834. 1. 629 ; — Lyon, 17 mars 1899, *Moniteur Judiciaire*, 10 juin 1899 ; — Cass., 22 fév. 1897, S. 97. 1. 327 ; — 29 juillet 1903, D. 1903. 1. 448.

(2) S. chron. p. 223.

rejeter ? Il suffira d'autoriser la partie intéressée à combattre et contredire les témoignages ainsi recueillis. D'autre part, on ne pourra invoquer une enquête que dans les cas où la preuve testimoniale est admissible. Or, dans tous ces cas, le juge peut admettre les présomptions qu'il peut puiser même dans une procédure criminelle (article 1353). Enfin, aucune disposition légale ne défend au juge de fonder sa conviction sur des éléments tirés d'une procédure criminelle (1).

Il nous semble donc conforme à l'esprit de la loi, qui, dans le système des preuves, réserve au juge une grande part d'appréciation souveraine, d'admettre que sur ce point aussi le juge aura un pouvoir discrétionnaire pour puiser dans une procédure criminelle les renseignements ou les éléments de conviction que l'article 1353 du Code civil abandonne à « ses lumières et sa prudence ». C'est le système admis depuis longtemps par la Cour de cassation, contrairement à son arrêt du 22 messidor an VII (2).

On voit que l'administration de la preuve est soumise à des règles assez sévères. Il n'y a pas lieu de s'en étonner; on comprend aisément que le législateur

(1) Voir Cass. Req., 20 mai 1840, D. Rép. v° *Preuve*, n° 69, n. 2.

(2) Cass. 26 novembre 1839, Barioz D. Rép. v° *Chose jugée* n° 597 n. 1 ; — 4 juin 1841 Charbonneau ; — Bordeaux, 21 juillet 1851, D. P. 52.2.223 ; — Cass., 9 janvier 1882, S. 84. 1.271 ; — Cass. 16 avril 1894, S. 95.1.309 ; — Limoges, 14 mars 1894, S. 97.2.49, etc.

ait tenu à guider le mieux possible le magistrat dans la recherche de la vérité et à donner au justiciable des garanties sérieuses contre l'arbitraire du juge. Seules, les présomptions de l'article 1353 sont laissées à l'appréciation des Tribunaux. Pour celles-ci, le magistrat n'est pas lié par les règles formelles édictées par le Code civil; la loi en abandonne l'application à ses lumières et à sa prudence. Les principes que nous venons d'établir ne se rapportent donc qu'aux preuves directes, dont la loi a établi les conditions d'admissibilité, la forme et la valeur.

CHAPITRE II

Conditions d'admissibilité et d'exercice de la preuve

Tout fait allégué en justice doit être prouvé. Un fait qui n'est pas prouvé n'existe pas aux yeux du magistrat : « *Idem est non esse et non probari* ». Toutefois, les faits seuls sont susceptibles d'être prouvés. La loi ne saurait, en effet, faire l'objet d'une preuve, car elle est censée connue de tout le monde, « *Nemo potest jus ignorare* ». On l'interprète et c'est précisément le rôle du magistrat, mais on ne la prouve pas.

Ce principe n'est pas, toutefois, rigoureusement exact, et il subit deux exceptions concernant d'une part les usages, d'autre part les lois étrangères.

USAGES. — Dans certaines hypothèses, le législateur a laissé au juge le soin de solutionner une difficulté en s'inspirant de l'usage des lieux (1). Quoique

(1) Voyez articles 590, 645, 663, 671, 1648, 1759, 1777 du Code civil,

l'usage des lieux constitue une règle juridique obligatoire, son existence même peut être contestée et la question de savoir s'il existe réellement dans le lieu où il est invoqué ou s'il a la portée qu'on veut lui donner, est une question de fait; la partie qui invoque l'usage des lieux doit en fournir la preuve par les moyens ordinaires et, notamment, par témoins (1).

De même, le Code de commerce a laissé subsister l'autorité des usages commerciaux. Le plaideur qui se prévaut de l'existence d'un usage devra en faire la preuve, soit par les moyens de droit commun, soit à l'aide des avis de Chambres de commerce (art. 12, décret du 3 sept. 1851), soit par des *parères* ou certificats émanés de négociants et destinés à constater l'existence d'un usage (2).

LOIS ÉTRANGÈRES. — Les rapports internationaux augmentant de plus en plus, il arrive fréquemment que les Tribunaux doivent statuer sur des questions tombant sous l'application de lois étrangères. On admet — à tort, à notre avis, car le droit international privé fait partie de la législation nationale de chaque Etat (3)

(1) Douai, 22 mars 1886, S. 88.1.147 ; — Bordeaux, 6 avril 1881 sous Cass., 26 juin 1882, S. 1882.1.346.

(2) Ruben de Couder, *Dict. de Droit comm.*, v° *Usages Commerciaux* n° 11 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit Commercial*, t. 1^{er}, p. 80.

(3) V. Brocher, *Dr. int. privé*, t. 1, p. 154 ; — Laurent, *Dr. civ. intern.*, t. 2, n°s 262 ; — Weiss, *Traité él. de dr. int. pr.*, p. 295 ; — Despagne, *Précis*, n° 24.

— que le juge est présumé ignorer l'existence de cette loi ou de cet usage étranger et que la preuve doit en être faite par celui qui en demande l'application. Le plus souvent, on fait cette preuve à l'aide de *certificats de coutume*, ou documents établis par des jurisconsultes du pays dont on invoque la législation.

On ne peut donc, en principe, prouver que des faits. Mais le juge ne peut pas admettre les preuves légales pour toute espèce de faits : il faut encore que les faits soient, suivant l'expression du Code de procédure civile, « pertinents et concluants » ; pertinents, c'est-à-dire qui aient trait à la contestation ; concluants, c'est-à-dire qui soient de nature à influencer sur le jugement de la contestation. Il importe peu, en effet, que l'on rapporte la preuve de faits n'ayant aucun lien avec le procès ou ne pouvant être d'aucune utilité à la solution de la difficulté. Une pareille preuve serait inutile et les frais qu'elle aurait entraînés seraient frustratoires : *frustra probatur quod probatum non relevat*.

D'autre part, pour que le juge puisse permettre aux parties de prouver les faits allégués, faut-il encore que ces faits soient admissibles (art. 253 Code proc. civ.), c'est-à-dire qu'ils ne soient pas impossibles en eux-mêmes et que la loi n'en défende pas la preuve.

C'est ainsi que le juge doit refuser de recevoir la preuve de faits physiquement impossibles et qu'il ne pourrait permettre, comme le fit, en 1754, une Cour d'Ecosse, à deux témoins d'affirmer sous la foi du serment qu'ils ont reçu d'un esprit céleste la révélation

du nom d'un assassin (1). Mais il faut se garder de confondre avec les faits impossibles les faits simplement extraordinaires ou improbables. Ces faits, quoique n'étant pas dans l'ordre normal des choses, sont cependant possibles et le juge peut en admettre la preuve. Mais il sera bon que le magistrat examine une telle demande de preuve avec une grande circonspection. Bentham démontre qu'il n'y a pas de limite absolue entre « l'incroyable et le croyable » (2) et cette constatation est exacte. Ce sera au juge d'apprécier et d'admettre ou de rejeter une demande de preuve suivant le degré de vraisemblance qu'elle présentera (3).

D'anciens glossateurs, fondant leur opinion sur des maximes du droit romain détournées de leur sens, déclaraient que la preuve d'un fait négatif était impossible. De nombreuses discussions intervinrent, desquelles il résulte qu'il y a lieu d'écarter le principe posé par les glossateurs. En effet, toute négation contient une affirmation et prouver une négation n'est autre chose que prouver le fait affirmatif contraire : par exemple, je prouve que tel jour je n'étais pas à l'endroit du délit

(1) Bonnier, Introduction n° 25.

(2) Bentham, t. II, p. 216.

(3) Un arrêt de cassation, Req. du 20 mars 1838, décide que la Cour de Limoges a pu avec raison rejeter une demande d'enquête tendant à établir la perte de registres d'état-civil et la célébration d'un mariage, alors qu'il n'existait ni commencement de preuve par écrit, ni présomptions, ni indices de faits graves et constants. « Dans ce cas, dit la Cour de cassation, l'invraisemblance des faits articulés équipollait à une impossibilité. »

en démontrant que j'étais, ce jour-là, à un endroit très éloigné de celui-ci. Si la négation est indéfinie, par exemple, je n'ai jamais dû telle somme à telle personne, la preuve est évidemment difficile et même impossible : mais la raison de cette impossibilité est non le caractère négatif de la proposition, mais son caractère indéfini. Il serait tout aussi impossible de prouver une proposition affirmative si elle était aussi indéfinie ; je ne pourrai pas prouver davantage que je suis créancier de telle somme contre telle personne, si je ne précise pas dans quel temps, dans quel lieu, etc., j'ai prêté cette somme. L'impossibilité de la preuve provient donc, non de ce que la proposition est négative, mais de ce qu'elle est indéfinie et il convient de rejeter la doctrine subtile, mais erronée, des glossateurs.

Enfin, il est des faits dont la loi ou la jurisprudence ne permettent pas la preuve, quelque vrais qu'ils soient, par un respect parfois exagéré de la morale. Aux termes des articles 335 et 342 du Code civil, la recherche de la filiation incestueuse ou adultérine est prohibée. De même, l'article 340 défend la recherche de la paternité naturelle dans la grande majorité des cas (1). Il est d'autres faits dont la loi ne défend pas

(1) Si l'intention du législateur est louable en ce qu'il a voulu préserver la famille contre les atteintes qui pouvaient lui être portées, il n'en reste pas moins que ce système est déplorable au point de vue moral et philosophique. C'est ce qu'a compris, un des premiers, Demolombe qui s'écriait, à la grande stupéfaction de ses contemporains : « Il me paraît très douteux qu'il y ait beaucoup

la preuve, mais pour l'administration de laquelle elle prescrit certains moyens. C'est ainsi que la preuve de complicité d'adultère ne peut résulter que du flagrant délit ou de lettres ou pièces écrites par le prévenu (art. 338 du Code pénal).

La jurisprudence s'inspirant des tendances rigoristes du droit romain, rejette aussi certaines preuves et certains moyens par application du vieil adage : « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » (1).

Tels sont les différents caractères que doivent réunir les faits dont on demande au juge d'autoriser la preuve. La pratique des affaires réunit ces conditions dans une expression très commode et très exacte, lorsqu'elle dit que les faits allégués et dont la preuve est sollicitée sont « admissibles, pertinents et concluants ».

*
* *

Les Tribunaux ne doivent donc pas admettre sans discernement les demandes de preuve qui leur sont soumises. Il leur appartient, au contraire, d'apprécier

d'avantages à ne pas voir ce que tout le monde voit et à nier ce qui est certain ; on s'expose ainsi à des résultats choquants, qui mettent cette ignorance affectée de la loi en contradiction avec l'évidence des faits et qui produisent un scandale souvent beaucoup plus grand que la vérité même qu'on n'a pas voulu reconnaître et qu'on n'a pas pu dissimuler. »

(1) V. les différents arrêts consacrant cette jurisprudence. Paris, 13 fév. 1877, S. 1877. 2. 233 ; — Cass. 15 déc. 1873, S. 1874. 1. 241 ; — Paris, 30 nov. 1839, S. 1840. 2. 121 ; — Douai, 24 octobre 1887, S. 90. 2. 99.

l'utilité de la preuve sollicitée et la qualité des faits allégués; ils décident, en conséquence, si la preuve sera ordonnée ou rejetée, et dans la première hypothèse, ils ont le plus souvent le pouvoir d'apprécier le résultat d'après leur seule conscience et d'après la conviction qu'ils ont acquise.

UTILITÉ DE LA PREUVE. — Les articles 253 et 254 du Code de procédure civile confèrent au juge la faculté d'apprécier l'utilité de la preuve, dont l'admission reste facultative. C'est ainsi qu'un Tribunal peut refuser d'ordonner une preuve, s'il existe dans l'instruction du procès des éléments suffisants pour fixer l'opinion sur les points en litige (1); de même, s'il constate que cette preuve est inutile, frustratoire, et qu'elle ne peut apporter aucune lumière nouvelle pour la solution du procès (2). Le juge peut rejeter une demande d'enquête articulant des faits démentis par les documents du procès (3) ou par des présomptions qui en démontrent l'inexistence (4). L'appréciation que fait ainsi le juge de l'utilité de la preuve est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation; s'il en

(1) Cass. 9 nov. 1814, S. chr. ; — 22 juill. 1872, S. 1874. 1. 73 ; — 9 août 1880, S. 1882. 1. 205 ; — 3 mars 1896, D. 1897. 1. 276.

(2) Cass. 9 janv. 1894, S. 94. 1. 120 ; — Lyon, 15 mai 1895, S. 96. 2. 30.

(3) Cass. 18 août 1836, P. 37. 1.472 ; 6 mars 1893, S. 96. 1. 39 ; — 25 mai 1895, S. 96. 1. 230 ; — 23 janvier 1894, S. 94. 1. 315 ; — 21 nov. 1898, S. 99. 1. 164.

(4) Cass. 9 nov. 1898, S. 1900. 1. 335.

était autrement, la Cour de cassation aurait à examiner des points de fait qui, en principe, échappent à son contrôle; d'autre part, on verrait des incidents de procédure, se prolongeant indéfiniment, retarder d'autant la solution du procès (1).

QUALITÉ DES FAITS ALLÉGUÉS. — Le juge doit décider, d'après l'examen des faits articulés, s'ils sont admissibles, pertinents et concluants. Il peut rejeter une offre de preuve de faits articulés dénués de pertinence par suite de leur défaut de précision (2); il peut déclarer inadmissible une preuve testimoniale sur le motif que, les faits allégués remontant à une époque trop reculée, la preuve serait impossible à faire (3). Enfin, le Tribunal peut refuser d'admettre une preuve en se fondant sur ce que les faits articulés sont invraisemblables (4).

La décision des juges du fond sur la pertinence et l'admissibilité des faits articulés est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation (5); mais

(1) Bioche, v^o Enquête n^o 2; Garsonnet, t. 2, p. 509; — Cass. 23 janvier 1894, S. 1894. 1. 315.

(2) Cass. 13 juin 1895, S. 96.1.230.

(3) Cass. 18 avril 1832, S. 33. 1. 457; — Toulouse, 25 juillet 1863, S. 64. 2. 137.

(4) 21 juin 1827, S. chr.; — 15 nov. 1853, S. 55. 1. 817; — 26 avril 1882, S. 82. 1. 395; — 6 mars 1893, S. 96. 1. 39.

(5) Cass. 19 août 1834, S. 34.1.538; — 6 fév. 1843, P. 43. 1. 669; — 11 nov. 1861, S. 1862. 1. 41; — 20 fév. 1866, S. 1866. 1. 193; — 16 fév. 1874, S. 75.1. 416; — 3 mai 1886, S. 86. 1. 351; — 22 avril 1890, S. 92. 1. 8; — 16 mars 1898,

pour qu'il en soit ainsi, il faut que ces juges aient statué sur des considérations de fait et non sur des motifs de droit. Dans ce dernier cas, la décision des juges du fond peut être réformée par la Cour de cassation. C'est la solution admise par la Cour suprême dans l'espèce suivante : deux co-héritiers ont à partager une succession à laquelle ils sont appelés en vertu d'un testament; le partage s'effectue, mais quelque temps après, un des co-héritiers produit un testament postérieur à celui qui a réglé les conditions du partage. Un procès s'engage au cours duquel le co-héritier attaqué explique que ce deuxième testament était connu des copartageants au moment du partage; que, notamment, son cohéritier demandeur à l'instance en avait eu connaissance, mais qu'il avait renoncé au bénéfice de ce dernier testament; et à l'appui de ses affirmations, il articulait des faits tendant à établir cette renonciation. La Cour de Paris a rejeté cette offre de preuve en déclarant les faits articulés ni pertinents ni admissibles par le motif que, même s'ils étaient prouvés, « ces faits seraient sans efficacité suffisante pour valoir renonciation ». Sur le pourvoi du cohéritier débouté de sa demande de preuve, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour de Paris, après avoir décidé que « s'il appartient aux juges du fond, d'apprécier souverainement, *en fait*, la pertinence d'une offre de preuve, leur dé-

S. 98.1.392 ; — Cf. Rousseau et Laisney, *Dict. de Proc.*, v° *Enquête* n. 13 ; Aubry et Rau, t. 8 § 749, p. 154 ; Bonnier note 61.

« cision est soumise au contrôle de la Cour de cassation lorsqu'ils se fondent sur des motifs de droit pour rejeter la preuve des faits articulés » (1). Que leur décision soit, d'ailleurs, basée sur des motifs de fait ou de droit, les Tribunaux ne peuvent rejeter une preuve sans déclarer les faits non pertinents ni admissibles (2).

EFFET DE LA PREUVE. — Lorsque la preuve sollicitée a été administrée, quelle va être la mission du juge ? Devra-t-il s'en rapporter à la preuve ainsi faite ou aura-t-il un pouvoir d'appréciation ? Cette question se résout par la distinction que nous avons établie au début de cette étude. S'agit-il d'une preuve légale, c'est-à-dire de celle que la loi tient pour sûre (présomptions légales de légitimité, d'autorité de la chose jugée, etc.), le juge devra y conformer son jugement et ne peut l'écarter sans violer la loi (art. 1352 du Code civil). S'agit-il de preuves autres que les preuves légales, la loi en abandonne l'effet à la prudence du magistrat. C'est à lui qu'il appartient de décider si la preuve fournie est complète, d'en apprécier la force « sans être obligé d'y rapporter son jugement s'il n'est pas persuadé. » A ce point de vue, l'appréciation des Tribunaux est discrétionnaire. Le juge n'est plus lié actuellement par les règles de l'ancien droit (3). Son

(1) Cassation civ. 16 novembre 1874, D. 1875. 1. 40 ; — Cf. Cass. 27 mars 1901, S. 1901. 1. 228.

(2) Cass. 14 fév. 1825, S. chr.

(3) *Testis unus, testis nullus* — Voix de un, voix de nul (Loysel).

devoir est de se faire une conviction, d'éclairer sa conscience ; pour arriver à ce résultat, il peut ordonner, même d'office (art. 253 du C. pr. civ.), toutes les justifications nécessaires qu'il est libre d'apprécier. Ainsi, contrairement à l'ancienne jurisprudence, le juge peut ne pas se rapporter à la déposition de deux ou plusieurs témoins, s'il a des raisons de douter de leur sincérité. On comprend aisément qu'en raison même de ce pouvoir arbitraire — qui échappe à la censure de la Cour de cassation — le juge doive apporter dans l'examen de la preuve une extrême circonspection. Comme dit Domat (1), « il est de la prudence du juge
« de discerner ce qui peut suffire pour établir la vérité
« d'un fait et ce qui laisse dans l'incertitude ; de consi-
« dérer le rapport et la liaison que peuvent avoir les
« faits qui résultent des preuves avec ceux dont on
« cherche la vérité ; d'examiner si les preuves sont
« concluantes ou si ce sont seulement des conjectures,
« des indices, des présomptions, et quel égard on doit
« y avoir ; et enfin de juger de l'effet des preuves par
« toutes les différentes vues que peut donner la connais-
« sance des règles jointes aux réflexions sur les faits
« et les circonstances. »

(1) Domat, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, liv. III, titre VI, sect. 1, n° 22.

CHAPITRE III

Qui doit prouver

L'article 1315 du Code civil a édicté, suivant l'expression de Bonnier, « un principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois » en obligeant le demandeur à supporter le fardeau de la preuve. Cette expression imagée ne paraît point trop forte pour désigner l'obligation de rapporter en justice la preuve de faits contestés; la pratique des affaires nous montre chaque jour à combien de difficultés on se heurte lorsqu'on veut démontrer en justice l'existence de certaines situations de fait ou de certains droits. C'est précisément dans cette difficulté que réside l'intérêt de la question résolue par l'article 1315. La solution de l'article 1315 est fondée sur une double présomption. En matière personnelle, tout homme est présumé jouir de sa liberté et n'être grevé d'aucune obligation envers autrui; en matière réelle, la possession fait supposer la propriété jusqu'à preuve contraire. Cette présomption est indispensable à la conservation de l'ordre social et on peut

imaginer les dangers de la doctrine en vertu de laquelle toute personne devrait, à chaque instant et sur simple mise en demeure, justifier de la légitimité des droits qu'elle exerce et de l'inexistence d'obligation dont se prévaudrait un prétendu créancier ! Celui qui intente une action en justice prétend innover et changer à son profit l'ordre des relations juridiques ; mais cet ordre étant présumé conforme à la vérité, c'est à celui qui prétend le contraire à prouver la fausseté de la présomption. C'est ce que décide l'article 1315. La rédaction même de cet article et la place qu'il occupe dans le Code civil semblent limiter sa sphère d'application à la seule preuve des obligations. Il est nécessaire d'admettre que le législateur n'a pas voulu restreindre la portée de ces dispositions à la preuve des actes ou des faits générateurs de droits personnels et à la preuve de leurs modes d'extinction, mais que ces règles s'appliquent aussi bien aux droits réels et que, par conséquent elles englobent tout le domaine du droit civil. S'il en était autrement, nous ne posséderions aucune disposition législative en matière de droits réels, puisque nulle part le Code n'en établit. La vérité est que le législateur a placé sous les articles 1315 et suivants les règles de la preuve parce que pour la première fois l'examen des Contrats lui en donnait l'occasion, mais que ces règles sont générales et embrassent tout ce qui concerne la formation, la transmission et l'extinction des droits réels et personnels.

La théorie générale de la preuve qui est, sauf quelques modifications de détail, la théorie du droit romain, se résume en quatre principes généraux :

1° *Actori incumbit probatio*. — « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver », dit l'article 1315. Cette règle, d'apparence si simple, ne semble pas donner lieu à des difficultés, et cependant, nous verrons plus loin qu'il n'en est pas ainsi devant les Tribunaux. Comme conséquence de cette règle, on doit décider dans les différentes hypothèses dont parle le Code civil : qu'en cas de perte des registres de l'état-civil (art. 46) c'est à la partie qui demande à prouver l'existence d'un acte d'état-civil à prouver au préalable le fait de la non-existence ou de la perte des registres (1). De même (art. 105), c'est à celui qui allègue le changement de domicile à en fournir la preuve (2); c'est à celui qui allègue l'antidate (art. 502) ou qui prétend qu'un acte a été fait au moment où la cause d'interdiction existait notoirement (art. 503), à en rapporter la preuve (3). La jurisprudence a également décidé que celui qui paie pour autrui (art. 1236), doit prouver qu'il a payé de ses propres deniers (4); que le débiteur qui invoque le bénéfice de la cession judiciaire de l'article 1268, doit justifier de son insolvabilité et de son état malheureux (5); enfin, que le débiteur, qui invoque la compensation, doit démontrer que

(1) Aubry et Rau, t. 1, p. 216, § 64 ; Laurent, t. 2, n° 43 et 44.

(2) Proudhon, t. 1, p. 249.

(3) Cass. 8 mars 1836, S. 36. 1. 236 ; — Nancy 21 mars 1842, P. 42. 2. 542.

(4) Cass. 9 juillet 1844, S. 44. 1. 609.

(5) Aix, 30 décembre 1817, S. chr.

sa créance réunissait les caractères exigés par l'article 1290 (1).

Tel est le principe de l'article 1315 : la preuve incombe au demandeur ; si celui-ci ne l'administre point, il n'est pas recevable dans ses prétentions et le juge doit donner gain de cause à la partie adverse.

2° *Reus in exceptione actor est.* — Mais il faut s'entendre sur le sens du mot *demandeur* (actor). Ce mot signifie ici : celui qui allègue un fait, et non celui qui intente un procès. Quiconque allègue un fait doit le prouver ; de sorte que, dans certains cas, la preuve peut incomber au défendeur ou, plus exactement, à l'intimé. Ainsi, j'invoque l'existence d'une créance et j'en fais la preuve ; le débiteur soutient qu'il a payé sa dette et que, par conséquent, il est libéré ; c'est à lui à prouver sa libération, car c'est lui qui, à son tour, veut modifier la situation actuelle. En effet, il résulte de la preuve fournie par le créancier que le défendeur est obligé envers lui : voilà le lien, le rapport juridique. Si le défendeur prétend que ce lien n'existe plus, il allègue un fait, celui de sa libération, c'est à lui à en faire la preuve. Je suppose qu'il établisse au moyen de la preuve le fait de sa libération ; le demandeur peut résister à cet argument en soulevant à son tour une exception ; par exemple, le débiteur a établi qu'il a été libéré par remise de la dette, mais le créancier prétend que cette remise de dette est nulle pour raison quelconque. C'est le demandeur originaire qui

(1) Cass. 25 juin 1862, S. 62. 1. 955.

devra faire la preuve de ce moyen nouveau et ainsi indéfiniment; de sorte que « la charge de la preuve
« n'est pas imposée une fois pour toutes à l'une des
« parties dès le début de l'instance, mais au contraire
« successivement et alternativement à chacune d'elles,
« à mesure que les allégations respectives s'échangent
« et, pour ainsi dire, se croisent dans le cours du combat judiciaire (1) ».

L'interprétation de cet adage, qui a donné lieu en jurisprudence à quelques arrêts intéressants (2), n'a soulevé des contestations en doctrine que sur un seul point, à notre connaissance, au sujet duquel les auteurs sont partagés. On s'est, en effet, posé la question de savoir à qui incombait le fardeau de la preuve dans le cas de l'article 316 du Code civil. Le mari qui veut intenter l'action en désaveu contre l'enfant de sa femme doit le faire dans un délai de un mois s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant, ou dans le délai de deux mois soit après son retour s'il était absent, soit après la découverte de la fraude si on lui a caché la naissance. Si le mari intente cette action en désaveu, doit-il faire la preuve qu'il se trouve dans le délai de l'article 316 ou est-ce à ses adversaires à justifier que la demande est irrecevable comme étant faite hors délai ? Cette dernière théorie, soutenue par Laurent et par Huc, n'a pas prévalu en doctrine contre

(1) Demolombe, t. 29, n. 188.

(2) Cass. 11 avril 1832, S. chr. ; — 23 nov. 1840, S. chr. ; — 26 juillet 1825, S. chr.

l'opinion contraire de Duranton, Demolombe, Massé et Vergé, Aubry et Rau, etc., qui mettent à la charge du mari la preuve de la validité de son action. Mais la jurisprudence a admis et consacré avec raison la théorie de Laurent et Hue. Le mari intente son action : à cette demande, ses adversaires répondent par une exception tirée de la tardiveté ; c'est à eux à justifier de cette tardiveté en vertu de l'axiome *reus in exceptione actor est* (1).

3° *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (2). — Il résulte de ces explications que la preuve incombe à celui qui allègue un fait, qui affirme. Par conséquent, celui qui nie un fait n'est tenu à aucune preuve ; le défendeur à une action ou une exception, qui se borne à nier les faits allégués, n'a rien à prouver. Tel est le sens qu'il faut attribuer à cette maxime dont l'interprétation défectueuse a donné naissance à la fameuse théorie des glossateurs (v. Supra, p. 30). Nous avons vu ce qu'il faut penser de cette doctrine d'après laquelle la preuve d'un fait négatif est impossible et doit être mise à la charge de la partie adverse.

Il est évident que cette dispense de preuve ne s'applique qu'au défendeur qui nie purement et simplement ; s'il nie au moyen d'une exception, nous retombons dans la sphère d'application de la maxime *reus*

(1) Cass. req. 14 février 1854, D. 1854. 1. 89 et note ; — Cour de Paris 3 mars 1897, D. 97. 2. 440.

(2) L. 2, *Cod., de Probationibus*,

in exceptione... et il doit faire la preuve de son exception.

4° *Actore non probante, qui convenitur, licet ipse nihil præstet, obtinebit* (1). Cette règle est la conséquence directe de la première. C'est au demandeur à fournir la preuve; il est évident que s'il ne la fournit pas, le défendeur qui n'a rien à prouver doit être renvoyé de la demande. Ici encore, il faut entendre le mot *actor* dans le sens général que nous avons indiqué; c'est celui qui allègue un fait, qu'il soit demandeur au procès ou intimé.

Comme conséquence de ce principe que le défendeur n'est tenu à aucune preuve, il résulte que le défendeur n'est point obligé de fournir des preuves à son adversaire, notamment de communiquer à son adversaire les pièces qu'il peut avoir en sa possession, « *nemo tenetur edere contra se* » (2). Mais il ne faut pas donner à cette règle un sens trop étendu; elle s'applique seulement *dans le cas où une des parties ayant à prouver un fait allégué qui se trouverait justifié par un titre ou un document qu'elle prétend être en la possession de son adversaire, exige de lui la production de ce document*. Il faut remarquer que cette règle ne fait pas obstacle aux articles 188 et suivants du Code de procédure civile réglementant la communication de pièces, et que, d'autre part, suivant la remarque judicieuse

(1) L. 4, in fine, Cod., *de edendo*.

(2) L. 7, Cod., *de Testibus*.

de Bonnier, on aura toujours mauvaise grâce à refuser des éclaircissements à la justice.

Néanmoins, en droit strict, cette règle subsiste; elle comporte, toutefois, une double exception. La première est relative aux livres de commerce, conformément aux articles 14 et suivants du Code de commerce (1). Un arrêt de la Cour de Paris décide, en effet, que les livres de commerce peuvent être admis à faire preuve tant pour ceux qui les ont tenus que contre eux, alors surtout qu'une décision de justice passée en force de chose jugée a enjoint à la partie de représenter ses livres.

La deuxième exception à la règle « *nemo tenetur edere contra se* », est relative aux titres qui doivent être considérés comme la propriété commune des deux parties quoique étant en la possession de l'une seule d'entre elles, comme les inventaires, les liquidations de succession, de société ou de communauté, les partages. Cette même exception s'applique également aux titres qui sont devenus communs aux parties par la production que l'une d'elles en a fait dans la cause; les parties sont libres de produire ou de ne pas produire tel titre, mais dès que la production en est faite, il appartient à l'autre partie de puiser dans ce titre tous les renseignements ou preuves qui peuvent lui être utiles; c'est ce que signifie la maxime « *quod produco non reprobó* ». (2). La Cour de cassation a fait une appli-

(1) Paris, 29 mai 1832, S. 32. 2. 516.

(2) Cass. 22 mai 1865, S. 65. 1. 359 ; — 6 fév. 1867, S. 67. 1. 109 ; — 31 mars 1868, S. 69. 1. 162 ; — 20 mars 1888, S. 89. 1. 62.

cation remarquable de cette règle dans l'hypothèse suivante : le prétendu propriétaire d'un fonds intente contre le possesseur de ce fonds l'action en revendication ; c'est au demandeur à faire la preuve de son droit de propriété, preuve qu'il lui était impossible de faire ou, en tout cas, qu'il n'avait point encore fait. Le défendeur croit alors utile à sa cause de produire certains titres ; la Cour de cassation a décidé que, dans ce cas, le juge *lui-même* pouvait puiser dans ces titres versés aux débats tous renseignements, conséquences ou motifs à l'appui de la demande (Cass. 22 mai 1865, commune de Lalley) ; à la seule condition toutefois de ne pas diviser la preuve qui peut résulter de la pièce que l'on doit accepter tout entière ou ne point invoquer. Cette dernière règle s'applique non seulement aux titres communs, mais aux livres des marchands, (art. 1330 du Code civil), et à l'aveu judiciaire (art. 1356).

Telles sont les conséquences de la règle « Actore non probante... ». Le législateur a jugé bon d'apporter à la rigueur de ce principe quelques tempéraments. C'est ainsi que le juge peut se déterminer dans certains cas et donner satisfaction au demandeur, non d'après des preuves que ce dernier aura rapportées, mais d'après de simples présomptions qui, suivant l'expression de Duranton, ne sont pas des preuves mais en tiennent lieu. De même, quand la demande ou l'exception n'est pas complètement justifiée, mais que, néanmoins, elle n'est pas totalement dénuée de preuves, l'article 1367 autorise le juge à déférer à l'une des parties le serment décisive. Enfin, lorsque le deman-

deur ne peut pas faire la preuve de la valeur de la chose réclamée, le juge peut lui déférer le serment sur ce point. Ces modifications à la règle « *actore non probante...* » ont donc pour effet de suppléer à une preuve complète que le demandeur serait dans l'impossibilité d'administrer.

En résumé, on peut conclure que tout demandeur doit faire la preuve du fait qu'il articule, faute de quoi il succombe dans sa demande. La portée de ce principe est extrêmement générale; sauf une seule exception, il s'étend à toute la législation civile, commerciale ou criminelle. Cette exception est relative au cas de présomption légale. Tout demandeur, qui peut se prévaloir d'une des présomptions limitativement fixées par le législateur, est dispensé de toute preuve. Il n'a qu'à invoquer la disposition légale : la preuve contraire est alors à la charge du défendeur et, dans certains cas même, le défendeur n'est pas reçu à faire cette preuve contraire. Une telle présomption que l'on appelle (art. 1350 et 1352 Code civ.) *juris et de jure*, dispense de toute preuve la partie qui l'invoque et rend sa situation tout à fait inébranlable. Cette dérogation importante d'ailleurs au principe, est la seule qui existe, aujourd'hui du moins. Le droit romain, en effet, admettait une autre dérogation fondée sur l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Le demandeur poursuit l'exécution d'une obligation de payer une somme pour cause de prêt, par exemple; le défendeur résiste en prétendant que si bien l'écrit constatant la dette a été passé, du moins l'argent ne lui a pas été versé. C'était là une

exception à laquelle le prétendu débiteur était défendeur et que, par conséquent, il aurait dû justifier; or, au contraire, c'était au demandeur à prouver la numération des espèces. Cette exception, qui se justifiait en droit romain par la fréquence du genre de fraude qu'elle sanctionnait et, peut-être, par la tendance de la jurisprudence romaine à se dégager du droit strict et des formes rigoureuses de la stipulation, n'a pas été admise même dans notre ancien droit. « Exception d'argent non nommé n'a point lieu pour charger de preuves le demandeur qui a une obligation ou cédula reconnue » dit Loysel (Inst. Cout., liv. V, titre 2). De même, dans l'ancien droit, quelques commentateurs, faisant d'ailleurs une fausse interprétation des textes romains sur lesquels ils se basaient, soutenaient que lorsque le fait servant de fondement à une action en justice ou à une exception était un fait négatif, celui qui s'en prévalait était dispensé d'en rapporter la preuve; d'après eux, la preuve d'un fait négatif étant impossible, c'est à l'adversaire qu'il appartenait de faire la preuve contraire du fait négatif allégué. Nous avons vu plus haut ce qu'il fallait penser de cette théorie qui a été repoussée dans l'ancien droit par beaucoup d'interprètes (1) et que le Code a définitivement écartée en ne faisant dans l'article 1315 aucune distinction entre les faits positifs et les faits négatifs.



(1) Bartole, Mascardi, Cocceius, etc...

Nous voyons donc que, sauf une seule exception relative au cas de présomption légale, le demandeur supporte le fardeau de la preuve. C'est donc à lui à prouver; mais que doit-il prouver ? Quelle est l'étendue de l'obligation imposée au demandeur ? L'article 1315 dit : « Le demandeur doit prouver l'existence de l'obligation; le défendeur prouvera l'extinction. » Le demandeur devra prouver les « éléments de fait dont le droit qu'il réclame suppose le concours. » Par exemple, il ne lui suffira pas de prouver qu'il lui est dû, il devra aussi établir combien il est dû (1). De même, celui qui soulève la nullité d'un testament mystique à raison de l'impossibilité où aurait été le testateur de lire ce testament, doit faire la preuve complète de cette impossibilité : il ne suffira pas qu'il fasse naître des doutes sur ce point (2). Enfin, celui qui réclame un droit échu à un individu dont l'existence n'est pas certaine, doit prouver que cet individu existait au moment où le droit s'est ouvert (articles 135 et 136 du Code civil). Quelquefois, la preuve qu'a à fournir le demandeur est facilitée par l'admission de présomptions, naturelles ou morales. Si le demandeur arrive à prouver un fait engendrant une présomption naturelle, il n'a pas à justifier que les choses se sont passées suivant l'ordre ordinaire; c'est à son adversaire à prouver qu'il y a eu dérogation à ces règles générales qui constituent la présomption naturelle : si le mari prouve que

(1) Cass. 25 mai 1892, S. 92. I. 529.

(1) Cass. 7 mai 1866, S. 66. I. 329.

son enfant est né avant le deux cent quatre-vingtième jour du mariage, il n'a pas à prouver que le père n'est pas lui; cette preuve découle de la présomption naturelle. De même, le propriétaire qui réclame de son locataire sortant des réparations locatives n'a pas à prouver que son immeuble était en bon état au moment du commencement du bail; il a, pour en justifier, la présomption morale de l'article 1720 du Code civil.

En règle générale donc, le demandeur doit faire la preuve complète de son droit, de son existence, de sa nature et de son étendue. Mais il n'est tenu à rien de plus. Il n'a pas à démontrer l'absence de circonstances ayant pu restreindre, modifier ou détruire son droit ou d'exception pouvant en paralyser l'effet. Il appartiendra au défendeur d'opposer à la preuve du demandeur tous les moyens qu'il jugera bon et de justifier de l'utilité et de la valeur de ces arguments. C'est ainsi que celui qui invoque la prescription n'a pas à démontrer l'inexistence d'interruption ou de suspension.

Il peut arriver, et en fait cette éventualité est fréquente, que le demandeur ne puisse justifier ses prétentions qu'en partie ou d'une façon insuffisante. Quel parti devra prendre le juge en face de cette preuve incomplète ? Il appartient au juge en pareille circonstance de prescrire toutes les mesures qu'il croira nécessaires à la manifestation de la vérité. Il n'est pas limité à un seul mode de preuve et peut ordonner toutes les justifications de nature à baser sa conviction. La Cour de cassation a jugé, d'après ce principe, qu'un

interrogatoire sur faits et articles n'ayant donné aucun résultat, le demandeur pouvait être admis à faire la preuve par témoins (1); que les Tribunaux, sans toutefois y être obligés (2), avaient un pouvoir discrétionnaire pour exiger les éléments d'appréciation qu'ils jugent nécessaires, tels que la production des livres de commerce, etc. (3). Ils peuvent même, bien que la partie n'offre pas de prouver les faits qu'elle allègue, ordonner d'office la preuve par témoins (4). Nous avons vu plus haut qu'ils peuvent également déférer le serment lorsque le fait allégué n'est ni complètement prouvé ni absolument dénué de preuves.

Mais si, malgré toutes les facilités dont il a pu disposer et tous les modes auxquels il a pu recourir, le demandeur n'a pu faire sa preuve, le juge ne doit pas hésiter à rejeter ses prétentions. Dans le doute, il doit prononcer en faveur de la libération. L'homme est présumé libre de toute obligation; cette présomption ne saurait disparaître que devant une preuve précise et certaine. Même au cas où le défendeur fait défaut, le demandeur ne doit triompher aux termes de l'article 150 du Code de procédure civile, que si ses prétentions se trouvent justes et bien vérifiées. Le législateur a ainsi prononcé contre le deman-

(1) Cass. 6 frimaire an XIII, S. chr.

(2) Cass. 15 nov. 1898, S. 1900.1.326.

(3) Cass. 13 juillet 1875, S. 1875.1.360. — Cf. Cour de Paris, 28 nov. 1891, S. 92.2.48.

(4) Cass. 23 mai 1829, S. chr.

deur en faveur du défendeur et repoussé la théorie paradoxale de Bentham qui proposait d'établir la « présomption antéjudiciaire » en faveur du demandeur, en raison de ce que les procès gagnés par les demandeurs sont en plus grand nombre que ceux gagnés par les défendeurs. Argument médiocre et basé sur une induction singulièrement dangereuse !

Cette règle que dans le doute le juge doit se prononcer en faveur du défendeur, devait subir, d'après la théorie de certains interprètes du droit canonique et même du droit civil, certaines exceptions en considération de la nature des causes, ou de la personnalité des plaideurs. D'après eux, les procès intéressant les églises, les hôpitaux, les indigents, etc., méritaient une considération particulière et le demandeur qui soutenait une de ces causes pieuses, *causæ piæ*, devait triompher même si la preuve qui était à sa charge n'était fournie que d'une façon incomplète et douteuse. De même, certains auteurs admettaient l'existence de « casus pro amico » où la présence au procès d'un ami du juge permettait à ce dernier de faire fléchir en sa faveur les règles de la preuve. De pareilles théories inadmissibles aujourd'hui, ne se discutent pas. Déjà, d'Aguesseau s'élevait avec vigueur contre ces « arrêts du cœur » (1). « Accepter une pareille théorie, dit Toullier non sans quelque emphase, c'est « arracher « le bandeau de la justice pour déterminer des arrêts « par des considérations qu'elle ne doit pas voir. »

(1) D'Aguesseau, *Discours sur la prévention*, t. 1, p. 191.

De l'exposé rapide des règles gouvernant la matière de la preuve, il semble résulter que l'interprétation des principes admis et condensés en quelques maximes très précises ne saurait donner lieu à aucune équivoque, et qu'aucune difficulté ne devrait s'offrir au magistrat. Et cela est vrai pour la plupart des cas. La question des preuves est, en effet, si vieille et ses applications sont si nombreuses dans la pratique que les auteurs et les Tribunaux ont tranché toutes les discussions auxquelles elle pouvait donner lieu. Une des dernières controverses soulevées sur ce point à propos de la demande en bornage a été solutionnée par un arrêt de la Cour de cassation du 29 juillet 1856 (1) qui décide qu'en pareil cas, chacune des parties étant en même temps demanderesse et défenderesse, le fardeau de la preuve incombe à chacune des parties; l'une et l'autre doit justifier ses droits. Et si, à l'heure actuelle, on rencontre des difficultés dans l'interprétation des règles que nous connaissons, c'est qu'elles sont nées de situations nouvelles, créées par des institutions ou des lois d'origine récente. C'est ce que nous constatons en matière d'accident du travail et d'assurance sur la vie.

Dans les cas d'accidents survenus au cours d'un contrat de louage de service, accidents devenus si fréquents depuis le développement de la mécanique dans l'industrie, on s'est demandé longtemps à qui incombe la charge de la preuve : à l'ouvrier victime de l'accident ou au patron présumé responsable jusqu'à

(1) S. 57.1.655.

preuve contraire. Et, actuellement encore, la question n'est point complètement résolue. Trois systèmes ont été soutenus et appliqués par les Tribunaux. Dans une première théorie, l'ouvrier n'a rien à prouver : il lui suffit d'établir que l'accident lui est arrivé au cours de son travail; il est couvert par une présomption de faute engageant la responsabilité du patron, sauf à ce dernier à démontrer que l'accident est dû à une faute de l'ouvrier ou à un cas fortuit. Ce système est basé sur ce que le contrat de louage de services oblige le patron à garantir l'ouvrier contre les dangers inhérents au travail; la responsabilité du patron étant ainsi contractuelle et non quasi délictuelle comme celle de l'article 1382, découle sans qu'il soit besoin de preuves des règles générales des articles 1135 et 1156 du Code civil (1). Un second système, défendu par M. Planiol, fonde la responsabilité du patron sur l'obligation contractuelle dérivant du contrat de louage de services, mais contrairement au premier système, soutient que, néanmoins, la charge de la preuve incombe à l'ouvrier. Le patron est bien tenu de protéger l'ouvrier par des précautions suffisantes; mais on ne peut assimiler le

(1) Cass. Belg. 8 janvier 1886, S. 86.4.25. Labbé note sous 28 avril 1885, S. 95.4.25, et sous le précédent. Larombière, *Obligat.* t. 7 sur l'art. 1382, n. 8; Demolombe, t. 8 n. 472; Aubry et Rau, t. 4, p. 755; Laurent, t. 20, n. 463; — Pont, *Mém. de l'Acad. des sc. mor. et pol.*, recueil Vergé 1886, I, p. 626, et III p. 129; — Glasson; — Sainctelette, la Loi, 6, 7, 8 et 9 mai 1886; — Pascaud, *Rev. Prat.*, t. 55, p. 380; — Cotelle, *Rev. Prat.*, t. 55, p. 529; — Demangeat, *Rev. Prat.*, t. 55, p. 556; — Hue, t. 8, n. 427.

cas d'accident survenu à un homme au cas de l'article 1302 : l'employeur ne doit pas rendre l'ouvrier sain et sauf à l'expiration du contrat de louage ; il n'est pas son assureur et ce serait singulièrement exagérer l'étendue de l'obligation du patron que de le déclarer responsable par cela seul qu'il n'arrive pas à prouver que la cause de l'accident ne lui est pas imputable (1). Enfin, d'après le troisième système, qui est celui de la jurisprudence, la responsabilité des patrons découle non du contrat de louage de service, mais de l'article 1382 : c'est donc à l'ouvrier à prouver la faute, le quasi délit sur lequel il fonde son action ; mais la faute commise dans les rapports de patron à ouvrier, liés par le contrat de louage de services, doit être interprétée plus sévèrement et plus strictement que la faute commise par une personne au préjudice d'une autre à laquelle elle n'est liée par aucune convention (2). Le patron doit donc prendre certaines mesures de précaution et de protection dans l'intérêt de ses ouvriers, en l'absence desquelles il doit être constitué en faute (3).

(1) M. Planiol, *Rev. Crit.*, année 1888, p. 281 ; — Cass., 13 oct. 1886, S. 1887.I.16 ; — Trib. de Moulins, 8 janvier 1887, S. 87.II.173.

(2) Cette idée a donné naissance à deux dispositions légales : la loi du 2 nov. 1892 sur le travail des enfants, des filles mineures et des femmes dans les établissements industriels, et celle du 12 juin 1893 sur l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels.

(3) Cass. 7 mars 1893, S. 93.I.292 ; — 16 mai 1887, S. 88.1.73 ; — 5 avril 1894, D. 94.I.479 ; — 16 juin 1902, D. 1903.1.306.

Nous voyons ainsi combien la question de la preuve en matière d'accident du travail est discutée encore à l'heure actuelle. La loi bienfaisante du 9 avril 1898 a tranché la difficulté pour un certain nombre de cas en faisant peser sur les employeurs de certaines catégories une présomption de faute qui dispense l'ouvrier de toute preuve. Mais pour les industries non comprises dans la loi de 1898 et celles qui l'ont complétée, la question reste entière et la jurisprudence persiste à laisser à la charge de l'ouvrier une preuve que l'équité et le droit, croyons-nous, devraient imposer au patron. Nous devons souhaiter qu'une disposition législative étende, dans un avenir prochain, le régime de la loi de 1898 à tous les cas d'accidents du travail et efface ainsi l'antinomie existant actuellement entre le système de la loi de 1898 et celui de la jurisprudence qui lui est contraire.

De même, une difficulté semblable se présente en matière d'assurance sur la vie. Les compagnies d'assurances sur la vie sont unanimes à exclure des risques garantis le cas de suicide. La jurisprudence ayant à interpréter une telle convention a décidé que cette exclusion ne s'appliquait qu'au suicide volontaire et non au suicide inconscient qui n'est que le résultat d'un état morbide. Un assuré se suicide : les héritiers devront-ils prouver l'inconscience du suicide ou la compagnie devra-t-elle justifier que le suicide est volontaire ? La jurisprudence a varié sur ce point et les auteurs sont partagés. Certains auteurs prétendent avec une partie de la jurisprudence que le cas de suicide

est un cas de libération tombant sous le coup de l'article 1315 § 2 du Code civil; c'est la Compagnie qui se prévaut de cette exception, c'est à elle à en justifier et, comme cette exception n'existe qu'au cas de suicide volontaire, elle doit prouver que l'assuré s'est suicidé volontairement (1). D'autres auteurs soutiennent, au contraire, que mettre à la charge de l'assureur la preuve de la conscience du suicide, c'est admettre *a priori* l'inconscience du suicidé et dire que le suicide fait présumer la folie, ce qui n'est pas exact. Mais surtout, dit-on dans ce système, il ne faut pas oublier que si bien celui qui a la charge de la preuve doit prouver tous les éléments de fait dont il veut bénéficier, il n'a rien autre à prouver et, notamment, il n'a pas à démontrer que le droit qu'il invoque n'a pas été restreint ou modifié au profit de son adversaire. S'il y a quelque modification ou quelque restriction apportée à mon droit, ce sera à l'adversaire à l'invoquer et à la justifier dans sa réplique. Ainsi, quand j'invoque la prescription, je n'ai pas à démontrer qu'elle n'a été ni suspendue ni interrompue ; c'est à mon adversaire à le faire ; de même, j'invoque une clause résolutoire qui est le suicide ; je n'ai qu'à prouver le suicide ; si vous répliquez en soutenant que le

(1) Ruben de Couder, *Dict. de droit comm.* v^o Assurances sur la vie n^o 46. — Paris, 30 nov. 1875, D. 77.2.132 ; — Cass., 3 août 1876, D. 79.5.29, S. 77.1.25 ; — Lyon, 17 février 1891, D. 92.2.46 ; — Paris, 16 juillet 1892, D. 93.2.233 ; — Paris, 21 octobre 1892, D. 93.2.16.

suicide est inconscient, c'est à vous de le justifier (1).

Il semble, quant à nous, que cette dernière théorie est plus juridique que la première, mais aussi qu'en pratique ce sera la rédaction même de la police qui décidera de la charge de la preuve; et il paraît raisonnable d'admettre que la preuve incombera aux bénéficiaires de l'assurance si la déchéance est prononcée « en cas de suicide » et à l'assureur si la déchéance n'est prononcée « qu'au cas de suicide volontaire ». Dans ce cas, en effet, l'assureur a à prouver non seulement qu'il y a eu suicide, mais encore que le suicidé a agi avec conscience. En tous cas, les Tribunaux sont hésitants et la Cour de cassation n'a pas eu encore l'occasion de se prononcer sur le principe, l'arrêt de 1876 rapporté en note n'étant qu'un arrêt d'espèce (2).

On rencontre dans la pratique une autre difficulté d'application de la règle *actori incumbit probatio*, en matière de question préjudicielle de propriété devant un Tribunal répressif. Un accusé soulève devant le Tri-

(1) Dupuich, *Traité Pratique de l'Assurance sur la Vie*, n° 96 ; — Trib. civ. d'Anvers, 29 juin 1878, *Journal des assur.*, 1883, p. 59 ; — Trib. com. Seine, 23 nov. 1882, *J. des Ass.* 1883, p. 59 ; — Paris 16 nov. 1889, *D.* 92.2.46.

(2) Nous croyons savoir que depuis peu de temps, quelques Compagnies assurent même le suicide. Cette résolution, si elle se généralisait, ce que nous ne pensons pas, ferait perdre à cette question une grande partie de son intérêt.

bunal correctionnel une exception de propriété qui, si elle était démontrée, excluerait toute idée de délit; le Tribunal va surseoir à statuer jusqu'à ce que cette question de propriété ait été tranchée par le juge compétent. Mais quelle est celle des parties qui devra saisir ce Tribunal et qui, étant ainsi demandeur, aura la charge de la preuve ? En doctrine, plusieurs opinions ont été soutenues. Aujourd'hui, cependant, il est admis que c'est à l'inculpé, qui soulève une exception, à la prouver conformément au principe *reus in exceptione actor est*; mais ce principe a été contesté au cas où il y a une partie civile. Certains auteurs ont soutenu que la partie lésée qui demande la réparation d'un préjudice doit toujours être chargée de la preuve au civil comme au criminel. Mais la majorité, se basant sur le seul texte existant en pareille matière, l'article 182 du Code forestier décide que, même au cas où une partie civile est en cause, c'est au prévenu qui soulève l'exception à la prouver. Telle est la théorie admise par la majorité des Tribunaux et par la Cour de cassation, après d'ailleurs de nombreuses hésitations. La Cour suprême avait d'abord déclaré qu'il était plus juste de charger le prévenu de poursuivre l'instance civile, mais elle n'en faisait pas une obligation pour le Tribunal répressif qui pouvait obliger l'une quelconque des parties à provoquer une décision. Mais cette théorie a été vite abandonnée et, depuis, la Cour de cassation a jugé que le Tribunal ne saurait charger le ministère public d'agir au civil, car il n'a pas qualité pour poursuivre devant le Tribunal compétent la

solution d'une question préjudicielle de propriété (1); que le juge ne pouvait même pas imposer cette obligation à la partie la plus diligente, mais uniquement au prévenu qui doit en justifier dans un délai déterminé et imparti par le Tribunal (2). Il est, en effet, facile de comprendre qu'en l'absence d'un tel délai, le prévenu se serait assuré l'impunité en ne faisant aucune diligence devant le Tribunal compétent pour statuer sur la question préjudicielle. Cependant, la Cour de cassation fait à ce principe une exception relative au cas où la question préjudicielle est de la compétence des Tribunaux administratifs. Dans ce cas particulier, c'est au ministère public qu'il appartient de faire trancher la question par la juridiction administrative dans le délai qui lui est imparti. La Cour suprême a estimé, avec raison à notre avis, que, d'une part, il était plus facile au ministère public d'obtenir une décision de l'Administration, et que surtout, l'obligation de ne pas empiéter sur les pouvoirs de l'Administration ne devait pas faire obstacle à la preuve qui incombe, en tous cas, au ministère public (3).

Enfin, la Cour de cassation a résolu par des arrêts

(1) Cass. 13 déc. 1827 (Bull. crim. n. 312) ; — Cass. 4 janvier 1828 (Bull. crim. n. 5).

(2) Cass. 23 mai 1833, P. chr. ; 12 juillet 1834, P. chr. ; — 9 août 1828, S. chr. ; — 21 mai 1829 (Bull. crim. n. 130) ; 23 juillet 1836, P. chr. ; 4 juillet 1846, D. 46.4.430 ; — 16 mai 1857, D. 57.1.314 ; — 23 août 1879, S. 81.1.1185 ; — 21 mai 1884, S. 84.1.278.

(3) Cass. 25 janv. 1895, D. 95.1.537.

assez récents la question de savoir à qui incombe la preuve en appel. C'est le demandeur originaire qui a, quoique étant intimé, la charge de la preuve, car l'appel a pour effet de remettre l'affaire dans l'état où elle était avant le jugement entrepris et le débat recommence devant le juge du second degré dans les conditions où il s'était produit en première instance. Le demandeur peut même, en appel, produire de nouvelles preuves; ce n'est pas là une demande nouvelle (1).

*
* *

On ne peut pas prétendre tracer dans quelques pages les règles immuables auxquelles le juge n'aura qu'à se soumettre : il peut, au contraire, avoir à statuer sur la charge de la preuve dans des cas où il est très difficile de décider *a priori* à quelle partie elle incombe. La jurisprudence nous en fournit des exemples (2). Souvent le juge résoudra la difficulté à l'aide des principes qui régissent la matière spéciale à propos de laquelle elle surgit (3).

En tous cas, comme l'article 256 du Code de procédure civile l'indique pour l'enquête, la preuve contraire est toujours réservée de droit au défendeur. Le

(1) Cass. 23 déc. 1891, S. 92.1.409 ; — Cass. 1^{er} juin 1892, S. 96.1.492.

(2) Cass. 9 janvier 1878, S. 78.1.444.

(3) Cf. Dalloz J. G. v^o *Douane* n^o 472 ; v^o *Droit Maritime* n^o 1838.

demandeur doit articuler les faits dont il veut apporter là preuve : le défendeur n'a rien à faire; il a la faculté de combattre la preuve du demandeur s'il en voit l'utilité, et il emploie pour établir la fausseté et l'erreur des faits allégués par son adversaire le genre de preuve qu'il juge opportun. « Les faits directs que le demandeur a posés et que les juges ont admis, servent de texte et de base à la contradiction de son adversaire; le droit naturel donne à celui-ci la faculté d'amener aussi des témoins pour détruire, pour atténuer et pour expliquer ce qui a été allégué contre lui » (1).

(1) Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, t. 4, p. 238.

DEUXIÈME PARTIE

Des différentes sortes de preuve du Code civil

CHAPITRE PREMIER

Classification des preuves

Nous avons vu au début de cette étude que les jurisconsultes anciens avaient imaginé, pour classer les preuves, des divisions basées soit sur leur degré de certitude, soit sur leur caractère. C'est ainsi qu'avaient été établies les distinctions entre les preuves pleines et les preuves moins pleines ou semi-pleines; entre les preuves directes et indirectes, artificielles et inartificielles, et enfin entre les preuves de droit et les preuves de fait. Toutes ces distinctions ont été écartées par le Code civil. L'article 1316 énumère simplement les modes de preuve qu'il autorise : la preuve littérale,

la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu et le serment. Cette disposition du Code civil a été critiquée, avec raison d'ailleurs, à un double point de vue; elle est, en effet, à la fois incomplète et trop compréhensive; incomplète, car elle omet deux autres modes de preuve et non des moins sûrs, puisqu'ils sont basés sur l'expérience personnelle : la descente de lieux et l'expertise; trop compréhensive, car elle met au nombre des preuves l'aveu et le serment qui, de l'avis autorisé d'auteurs modernes, ne sont pas à proprement parler des preuves. D'après ces auteurs, l'aveu, au moins lorsqu'il fait pleine foi, emporte une présomption légale aux termes de laquelle les faits avoués sont réputés vrais; or, cette présomption légale a précisément pour effet de dispenser de toute preuve l'auteur du serment et d'empêcher le juge d'en exiger une; c'est là un motif de décision imposé au juge par la loi et non un simple moyen de preuve. De même, le serment décisoire n'est pas une preuve, c'est un moyen de suppléer à toute preuve; c'est une transaction aux termes de laquelle la partie qui défère le serment s'engage à tenir pour vrai le fait contesté si le serment est prêté (1). D'autres auteurs font, au contraire, de l'aveu et du serment des modes de preuve véritables, qualifiant l'aveu de preuve par excellence, *probatio probatissi-*

(1) Zacharise, 1857, t. III, p. 541 : *Jusjurandum litis decisorium est instar transactionis ; est instar probationis.* Favard v^o *Serment*, sect. 3 § 1, n. 3 ; Aubry et Rau, t. 8, § 749, n. 28 et 29.

ma (1). Loin de considérer cette discussion comme une querelle de mots, nous estimons qu'il y a là, comme disent MM. Aubry et Rau, une question de rectitude juridique et de méthode et nous n'hésitons pas à adopter l'opinion de ces deux jurisconsultes fondée sur une analyse du fonctionnement de l'aveu et du serment (2).

Les classifications que l'on trouve aujourd'hui encore chez les auteurs modernes n'offrent guère d'autre intérêt que celui de la clarté de l'exposition ; telle, par exemple, la division en preuves directes, preuves indirectes et complément de preuve. Cependant, Bonnier a imaginé une classification plus scientifique basée sur la force probatoire et le degré de valeur. Il divise le système des preuves en trois catégories : les preuves résultant de l'expérience personnelle, celles fondées sur la foi due au témoignage, et enfin les présomptions. Les preuves résultant de l'expérience personnelle, de « l'évidence externe », sont de beaucoup les plus sûres et comprennent la descente sur les lieux et l'expertise. La deuxième catégorie, reposant sur le témoignage, se divise en deux groupes : les preuves *simples*, aveu, auquel se rattache le serment décisoir ; preuve testimoniale ; affirmation du demandeur à laquelle se rattache le serment supplétoire ; et les preuves *préconstituées*, titres authentiques, écrits sous

(1) Larombière, art. 316, n. 2 ; Demolombe, t. 29, n. 217 et 218 ; Bonnier, 1888, n. 345, n. 1.

(2) Cf. Pothier, *Obligation*, n. 822 : « *La confession... tient aussi lieu de preuves.* » »

seings privés, et registres des marchands. Enfin, la troisième catégorie est constituée par les présomptions simples et légales. Cette classification crée ainsi une hiérarchie et attribue à chaque espèce de preuve un rang quelquefois contestable ; c'est pourquoi nous préférons à cette division l'ancienne distinction entre les preuves directes, les preuves indirectes et les compléments de preuve. La preuve directe est celle qui s'applique précisément au fait contesté et tend à l'établir d'une façon formelle et immédiate ; la preuve indirecte est celle qui, sans s'appliquer précisément au fait contesté, tend à en établir l'existence à l'aide d'inductions tirées d'autres faits connus et d'où il résulte que le fait litigieux est possible, vraisemblable ou nécessaire ; les compléments de preuve sont des moyens permettant au plaideur de justifier complètement un fait dont la preuve est jusqu'ici incomplète.

D'après cette classification, le système des preuves se divise donc en :

— *preuves directes*, comprenant :

1° les preuves littérales, résultant de toute espèce d'écrits, actes authentiques ou privés, originaux ou copies, actes primordiaux ou recognitifs ; des tailles, des lettres missives, des écritures diverses comme les livres de commerce, les registres et papiers domestiques ou les écritures en marge ou au dos d'un acte signé ;

2° les preuves testimoniales, auxquelles on peut rattacher les parères, les certificats de coutume, la preuve par commune renommée ;

3° les visites de lieux;

4° les expertises;

— *preuves indirectes*, comprenant les présomptions légales et les présomptions simples;

— *compléments de preuve*, comprenant le serment supplétif et le serment *in litem*.

Nous avons indiqué, au début de cette étude, que nous ne nous occuperions ici ni des preuves littérales ni des preuves testimoniales; mais nous avons à parler des deux autres sortes de preuves directes, c'est-à-dire des visites de lieux et des expertises; puis des preuves indirectes et enfin des compléments de preuve.

CHAPITRE II

Preuves directes

I. — DES VISITES DE LIEUX

Le juge a parfois à résoudre des contestations portant sur un état de choses actuellement existant, ou a besoin, pour solutionner un procès, de renseignements sur l'état des lieux litigieux; dans ces cas, assez limités d'ailleurs dans notre législation, le juge prendra connaissance lui-même des faits à vérifier, en opérant une *visite de lieux* ou *descente sur les lieux*. De même, en matière criminelle, s'agit-il de saisir le corps d'un délit, ou de constater une infraction, le magistrat de la police judiciaire se transporte aux endroits qu'il jugera propices pour mettre le corps du délit sous la main de justice ou pour procurer la preuve des faits délictueux.

Cette mesure d'instruction, d'une utilité et d'une efficacité incontestables, était déjà employée en droit romain, et dans l'ancien droit français l'ordonnance de 1667 règle les formes des descentes sur les lieux. Aujourd'hui, le Code de procédure civile et des lois spéciales indiquent les conditions d'exercices de ce mode

de preuve que peuvent employer les Tribunaux civils, les juges de paix, les Tribunaux de commerce, les conseils de prud'hommes, les conseils de préfecture et enfin les jurys d'expropriation pour cause d'utilité publique.

§ 1. — *Tribunaux civils*

Sur la demande des parties, de l'une d'entr'elles, ou d'office, le Tribunal peut ordonner une descente sur les lieux, en vertu du principe que le juge peut recourir à tous les moyens de preuve autorisés par le législateur pour se faire une conviction. C'est une mesure facultative pour le Tribunal qui pourra l'ordonner dans tous les cas « où il le croira nécessaire ». Dans un seul cas, le Tribunal ne pourra l'ordonner que sur la réquisition des parties : c'est le cas où une simple expertise suffirait à éclairer sa religion (1). L'ordonnance de 1667 avait formulé cette prohibition « à peine de nullité, de restitution de ce que les juges avaient reçu pour leurs vacations et de tous dépens et dommages-intérêts » ; cette sévérité s'explique par ce fait que les juges percevaient, en cas de descente sur les lieux, des droits et taxes, et que cette cause de gain pouvait les pousser à abuser de cette mesure d'instruction. Aujourd'hui, la seule sanction de la règle de l'article 295 du Code de procédure civile est l'annulabilité du jugement ordonnant la descente sur les lieux (2). Et encore cette

(1) Cf. Cour d'Angers, 8 fév. 1897, D. 1899.2.20.

(2) Grenoble, 20 décembre 1866, D. 1867.5.132. *Contrà*, M. Bonnier, *Flém., de Proc. civ.* t. 2 n° 1.104,

sanction sera-t-elle rarement appliquée, car il n'existe pas de ligne de démarcation bien précise entre la descente sur les lieux et l'expertise; c'est au juge qu'il appartient de décider sur ce point. La question a été aussi discutée de savoir dans quelle forme la réquisition de l'article 295 du Code de procédure civile doit être faite. Quelques auteurs, dont Berriat-Saint-Prix, exigent que la réquisition soit écrite et communiquée à l'autre partie; la grande majorité des auteurs estime à juste titre qu'une simple réquisition orale, faite à l'audience, suffit.

Sauf cette exception, le juge peut, à sa volonté, accorder ou refuser la descente sur les lieux; s'il a lieu de croire que la partie demandant la descente est de mauvaise foi ou s'il estime avoir dans les éléments de la cause des moyens suffisants d'appréciation, il peut refuser la mesure sollicitée; il a, sur ce point, un pouvoir discrétionnaire (1).

Le pouvoir discrétionnaire des Tribunaux va jusqu'à leur permettre d'ordonner d'office une descente de lieux, alors même, ce qui est plus contesté, que le défendeur fait défaut. L'article 150 du Code de procédure civile recommande, en effet, au magistrat, au cas de défaut de l'une des parties, de n'adjuger à l'adversaire ses conclusions que si elles se trouvent justes et bien vérifiées.

(1) 26 juin 1811, Cass. D. chr. ; — Cass. 11 déc. 1827, S. chr. ; — même solution sous l'ordonnance de 1667 ; Cass. 6 frim. an 12 ; — 29 nov. 1808, S. chr.

De même, du principe que le juge peut recourir à tous les moyens légaux d'information, il résulte que la Cour d'appel n'est pas liée par les conclusions qu'un Tribunal a tirées d'une descente de lieux; la Cour peut se servir d'un procès-verbal d'une descente sur les lieux ordonnée par le Tribunal pour en tirer des conclusions différentes de celles des premiers juges (1).

Mais si les Tribunaux jouissent quant au fond d'un pouvoir absolu d'appréciation, il n'en est pas de même quant aux formalités que le législateur a édictées, le plus souvent à peine de nullité, dans le but de donner aux plaideurs le plus de garanties possible. La plus importante de ces formalités est la nécessité pour le Tribunal d'ordonner la descente sur les lieux *par jugement*. Un Tribunal ne peut pas se transporter en corps sur les lieux litigieux sans avoir rendu un jugement ordonnant cette mesure d'instruction et sans que ce jugement ait été porté à la connaissance des parties par la voie de la signification. Il faut que les parties puissent, lors de la descente sur les lieux, présenter aux magistrats les observations qu'elles croient utiles et prendre connaissance des objections qui peuvent leur être faites (2). En conséquence, le jugement qui serait basé sur une descente sur les lieux ainsi faite doit être

(1) Cass. 28 déc. 1885, S. 86.1.214.

(2) Bastia, 7 février 1855, S. 55-2-137 ; — Riom, 14 juin. 1858, D. 58.2.192 ; — Toulouse, 16 déc. 1869, D. 70.2.84 ; — Limoges, 5 janv. 1887, D. 88.2.167 ; — Cass., 24 nov. 1886, S. 87.1.13 ; — 28 fév. 1876, S. 76.1.152 ; — 2 mars 1886, S. 86.1.204 ; — Doctrine conforme.

annulé. Un pareil jugement serait nul, à plus forte raison et pour la cause que nous indiquerons plus loin, si la visite des lieux avait été faite par un ou deux des juges du Tribunal et non par le Tribunal tout entier (1). La nullité de ces jugements est ainsi basée sur le principe que nous avons indiqué plus haut et aux termes duquel toutes les mesures d'instruction doivent être contradictoires. De là cette conséquence logique que si, malgré l'absence de jugement ordonnant l'enquête ou de signification de ce jugement, les parties ont assisté à la descente sur les lieux, la nullité du jugement sur le fond est couverte, alors surtout que les parties n'ont fait à ce sujet aucune réserve (2). Une deuxième conséquence du principe que nous venons d'énoncer est que le jugement ne sera pas nul, malgré l'irrégularité résultant de la violation de l'article 295, s'il n'est pas basé sur la visite des lieux (3).

Mais il arrive parfois qu'après les plaidoiries et la mise en délibéré de l'affaire, le Tribunal estime qu'avant de rendre son jugement, une descente sur les lieux s'impose pour éclairer sa religion; il visite donc les lieux, sans rendre de jugement et sans avertir les parties. Cette façon d'agir est-elle régulière et conforme

(1) Caen, 23 mai 1835, P. chr ; — Cass. 16 janv. 1839, S. 39.1.111.

(2) Cass., 8 juin 1869, S. 69.1.425 ; — 1^{er} juin 1870, S. 70.1.346 ; — Toulouse, 9 juin 1884, S. 84.2.101.

(3) Aix, 13 fév. 1872, D. 73.5.162 ; — Cass., 22 fév. 1843, S. 43.1.418.

aux dispositions du Code de procédure civile ? La doctrine est très divisée sur ce point. Certains auteurs, notamment Carré et Bioche, tout en reconnaissant qu'il est de l'essence des voies d'instruction d'être contradictoires et d'être constatées d'une manière authentique, soutiennent que le Tribunal peut, après la mise en délibéré, se transporter sur les lieux sans rendre de jugement préalable et sans avertir les parties. En effet, disent-ils, dans une pareille supposition, il n'y a pas lieu à contradiction; la contradiction est utile et nécessaire lorsque l'une des parties assiste à la mesure d'instruction, car cette dernière peut présenter des observations qui, n'étant pas contredites, lui font une situation meilleure : dans le cas présent, les deux parties étant absentes, leur situation reste égale. D'autre part, la contradiction serait utile si la descente sur les lieux était confiée par le Tribunal à un de ses membres ; ce dernier pouvant recueillir une impression fautive et la transmettre au Tribunal qui, n'ayant rien vu, s'en rapportera au magistrat délégué; mais si le Tribunal tout entier visite les lieux, cet inconvénient n'est plus à craindre et le plaideur a toutes les garanties qu'il est en droit d'exiger. Dans ces conditions, pourquoi vouloir empêcher le Tribunal de recueillir le plus grand nombre d'éléments d'appréciation possible et pourquoi lui reprocher les efforts qu'il fait pour atteindre à la vérité alors qu'il a agi ouvertement et avec le sentiment louable d'épargner aux parties les frais et les lenteurs considérables d'une procédure d'instruction ? Ne faut-il pas plutôt voir dans cette visite des

lieux une opération *sui generis* à laquelle il n'y a pas lieu d'appliquer les règles de l'article 295 du Code de procédure civile ?

Mais la majorité des auteurs n'admet pas cette théorie (1) et soutient que la distinction entre la visite des lieux avant et après la mise en délibéré ne repose sur rien. Le législateur a fixé pour les visites des lieux des formalités ; elles doivent être remplies, sinon la mesure d'instruction n'est plus une descente sur les lieux. Il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas où la visite est faite par un seul juge et celui où elle est faite par le Tribunal tout entier, car les articles 295 et suivants du Code de procédure ne font pas cette distinction. D'autre part, il n'est pas exact de dire que l'absence des deux parties ne modifie rien à leur situation, car, faute des explications de l'une d'elles, le Tribunal ou le juge délégué pourrait recueillir une fausse impression de cette visite de lieux.

Cette querelle de doctrine n'a pas été sans répercussion sur la jurisprudence. Dans une première période, la Cour de cassation admettait que la visite officieuse non d'un juge seul, mais du Tribunal tout entier, pouvait servir d'élément légal à une décision, car c'était là une opération *sui generis* offrant aux parties toutes

(1) Berriat St-Prix, p. 310, n° 9 ; Favard, t. 2, p. 76 ; Chauveau sur Carré, t. 1, p. 434 ; Boncenne, *Th. de la proc. civ.*, t. 4, p. 431 ; — Thomine-Desmazures, *Comment.*, t. 1, p. 498 ; Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de proc. civ.*, t. 1, n° 512, p. 535 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de Proc.*, v° *Descente sur les lieux*, n° 13.

les garanties nécessaires et présentant l'avantage énorme de supprimer une cause de frais importants. C'est ce que décidaient plusieurs arrêts de principe et, notamment, un arrêt de la Chambre des requêtes du 21 juillet 1835 (affaire Ragon, S. 35.1.491), un autre arrêt de la même Chambre du 22 février 1843 (affaire Chaix, S. 43.1.418) et enfin, un arrêt de la Chambre civile du 18 août 1863 (affaire Pons, S. 64.1.13) (1). Contrairement à cette jurisprudence, les Cours d'appel décidaient que cette façon de procéder était contraire aux prescriptions de l'article 295 du Code de procédure civile et au principe que le juge ne doit pas se prononcer d'après la connaissance personnelle qu'il a de la cause, et que le jugement ainsi basé sur une visite officieuse d'un ou de tous les magistrats du Tribunal était entaché de nullité (2). Mais aujourd'hui, la controverse semble définitivement tranchée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation qui, abandonnant sa première opinion, a expressément adopté celle des Cours d'appel et de la majorité de la doctrine. C'est ce que décident notamment un arrêt de la Chambre civile du 24 novembre 1886 (D. 1887.1.159) : cet arrêt a cassé un jugement du Tribunal civil du Havre qui avait statué sur une visite des lieux faite par lui en vertu d'un jugement

(1) Quelques tribunaux avaient adopté la théorie de la Cour de Cassation. V. not. Toulouse, 9 juin 1884, D. 85.2.113 et Angers, 8 fév. 1897, D. 99.2.20.

(2) Agen, 7 déc. 1809, S. chr. ; — Riom, 14 mars 1834, S. chr. ; — Bastia, 7 fév., 1855, S. 55.2.137 ; — Riom, 14 juin 1858, D. 58.2.192.

non signifié; et deux arrêts de la Chambre civile du 2 mars 1886 (D. 1886.1.358) et du 6 février 1894 (D. 1894.1.155) rendus dans des espèces semblables (1).

Mais on ne devrait pas adopter cette solution au cas où, à la suite d'une première descente sur les lieux faite régulièrement, les magistrats auraient besoin de compléter leurs renseignements; dans ce cas, ils pourraient procéder à une nouvelle visite des lieux sans que celle-ci soit soumise aux formalités de l'article 295 du Code de procédure civile (2).

Il faut donc admettre, comme principe, que toute descente sur les lieux doit être ordonnée par jugement. Ce jugement, aux termes de l'article 296 du Code de procédure civile, doit nommer un des juges qui ont concouru au jugement. On imagine aisément la raison de cette disposition : le juge qui a assisté au jugement connaît déjà la difficulté, il sait quels renseignements lui seront nécessaires et sur quels points ses investigations devront porter. Mais cette condition étant remplie, le juge commissaire pourra être l'un quelconque des membres du Tribunal, y compris le président; le Tribunal pourra aussi nommer plusieurs juges commissaires et même descendre tout entier sur les lieux s'il le juge utile, mais dans ce dernier cas, les frais ne seront pas augmentés et ne comprendront pas d'autres taxes que celle d'un juge et de son greffier. Il est cepen-

(1) Cf. un arrêt de la Cour de Limoges du 5 janvier 1887 (D. 88.2.167).

(2) Cass., 18 août 1863, D. 63.1.350.

dant un cas où l'article 296 devra être violé : c'est le cas où les lieux litigieux sont situés hors du ressort du Tribunal. Les juges ne pouvant, en effet, exercer leurs fonctions en dehors du ressort territorial de leur Tribunal, on devra forcément recourir à la nomination d'un juge étranger, d'un Tribunal, d'un ou plusieurs de ses membres ou, enfin, d'un juge de paix. Cette solution est admise d'une façon unanime (1); certains auteurs cependant soutiennent que, dans ce cas, la mesure d'instruction perd le caractère d'une descente sur les lieux et ressemble plutôt à une expertise ou à une commission rogatoire (2); c'est là une controverse qui n'offre que l'intérêt d'une simple querelle de mots.

Dans une autre circonstance, la nomination d'un Tribunal ou d'un juge étranger est facultative. Aux termes de l'article 1035 du Code de procédure civile, lorsqu'un Tribunal voudra procéder à une mesure d'instruction et que les parties ou les lieux seront trop éloignés, le Tribunal pourra commettre un Tribunal ou un juge voisin. Il n'est douteux pour personne que la descente sur les lieux constitue une des mesures d'instruction dont parle l'article 1035.

Quelqu'il soit, le juge nommé reçoit ainsi une mission légale; s'il est empêché de la remplir, il ne pourra pas se substituer le magistrat qu'il désignera; cette

(1) Cass., 27 mai 1887, S. 87.1.256.

(2) Delaporte, t. 1, p. 289 ; — Thomine-Desmazures, *Comment.*, t. 1, p. 489 ; — Bioche, *Dict. des justices de paix*, v^o *Descente de lieux*, n^o 22.

deuxième nomination devra être faite par un deuxième jugement.

Le jugement qui ordonne la descente de lieux et qui peut ou non indiquer les points sur lesquels devront porter l'examen, doit être signifié à la requête de la partie la plus diligente, sauf si la descente sur les lieux doit s'effectuer le jour même du jugement; dans ce cas, comme dans l'hypothèse où le jugement est exécutoire sur minute, une simple sommation suffit. Puis la partie la plus diligente présente requête au juge commissaire qui fixe par ordonnance les jour, heure et lieu de la descente; cette ordonnance, comme tous les actes de juridiction gracieuse, n'est pas susceptible d'appel et doit être signifiée à la partie adverse par simple acte d'avoué à avoué qui vaut sommation. Les frais de transport et de séjour sont consignés au greffe par la partie qui a provoqué la descente ou par celle qui poursuit l'exécution de cette mesure d'instruction si elle a été ordonnée d'office, et au jour fixé, le juge commissaire se transporte sur les lieux avec son greffier. Les parties peuvent y assister en personne, se faire assister de leur avocat, ou se faire représenter par leurs mandataires; si elles n'ont point été appelées à la descente sur les lieux, celle-ci sera nulle (1). Le juge commissaire ne pourra recevoir de renseignements des tiers que si le jugement l'a expressément indiqué et dans la mesure autorisée par ce jugement; décider le contraire serait autoriser le juge commissaire à faire

(1) Cass. 29 juillet 1858, D. 1858.5.130.

une enquête sans en avoir reçu la mission. Mais le juge peut recueillir les indications des personnes qui lui sont indiquées par les parties. Puis, le procès-verbal des opérations effectuées est dressé par le greffier; il est déposé au greffe, enregistré dans les vingt jours sous peine de double droit, et signifié aux avoués par la partie la plus diligente. Trois jours après cette signification, l'audience peut être poursuivie sur un simple acte, puis l'affaire suit son cours ordinaire pour arriver au jugement définitif qui condamne définitivement aux frais la partie qui succombe.

§ 2. — *Juges de paix*

Devant le juge de paix, la procédure de la visite des lieux est de beaucoup simplifiée. Aux termes de l'article 41 du Code de procédure civile, « lorsqu'il s'agira soit de constater l'état des lieux, soit d'apprécier la valeur des indemnités et dédommagements demandés, le juge de paix ordonnera que le lieu contentieux sera visité par lui en présence des parties. » Dans certaines circonstances, notamment dans les procès relatifs à des déplacements de bornes, usurpation de terres, arbres, haies et autres clôtures, entreprises sur les cours d'eau, etc., il arrive qu'une enquête ordonnée par le juge de paix risque d'être inintelligible si l'on a pas sous les yeux les lieux litigieux; dans ce cas, le juge de paix ordonnera une visite de lieux et prescrira que les témoins de l'enquête seront entendus sur les lieux mêmes au cours de la visite. Enfin, il se peut encore que le juge de paix ne puisse lui-même porter

une saine appréciation sur l'objet du litige en l'absence de certaines connaissances techniques indispensables; ce magistrat s'adjoit alors, par son jugement, des hommes de l'art qui l'accompagneront dans sa visite et lui donneront son avis.

La visite des lieux est ordonnée sur la demande des parties; mais le juge de paix n'est pas obligé de déférer à la réquisition de l'une d'elles : il peut refuser cette mesure d'instruction, s'il la juge inutile (1). Peut-il l'ordonner d'office ? La raison de douter se trouve dans l'article 8 du tarif qui stipule que le procès-verbal du juge doit faire mention de la réquisition de la partie et qu'il n'est rien alloué à défaut de cette mention. La majorité des auteurs décide qu'il n'y a là qu'une question de taxe de laquelle on ne peut conclure à l'impossibilité pour le juge de paix d'ordonner d'office une visite de lieux. Comme pour les Tribunaux civils, le législateur s'en rapporte à la prudence du juge.

Le juge de paix peut donc, dans tous les cas où il le jugera opportun, ordonner une visite de lieux; il le pourra même sans violer l'article 172 du Code de procédure civile lorsqu'en matière d'action possessoire, par exemple, l'une des parties soulèvera son incompétence. Le juge de paix pourra procéder à une visite des lieux qui lui permettra de statuer sur le mérite du déclinatoire d'incompétence (2).

(1) Cass. 26 avril 1825, S. chr.

(2) Cass. 7 janv. 1829, S. chr.

Toute visite de lieux doit être ordonnée par jugement, à peine de nullité du jugement définitif. Si ce jugement préalable est contradictoire, point ne sera besoin de signification : le jugement vaudra sommation d'assister à la visite des lieux aux jour et heure qui y seront fixés. Si le jugement est rendu par défaut, il devra être signifié au défaillant avec sommation de se trouver sur les lieux litigieux, faute de quoi le juge de paix ne pourrait légalement baser son jugement sur cette visite des lieux (1). Cette règle est la conséquence du principe que nous avons déjà rencontré, de l'inefficacité d'une visite des lieux officieuse. Cette mesure d'instruction ne peut devenir un élément légal de jugement que si elle a lieu en présence des parties ou, du moins, celles-ci dûment appelées.

Au jour indiqué, le juge de paix se transporte sur les lieux, assisté de son greffier. Lorsque le juge de paix procède à une simple visite des lieux, sans l'assistance d'un homme de l'art et sans audition de témoins, aucun procès-verbal ne doit être dressé, que la cause soit ou non sujette à l'appel. Cette disposition n'est pas indiquée par le Code de procédure, mais elle résulte implicitement des articles 41 et 42, ainsi que le constate l'arrêt unique de la Cour de cassation du 22 juillet 1895 (*Le Droit*, 23 octobre 1895). Mais lorsque le juge de paix est assisté d'un expert et lorsque la cause est sujette à appel, le greffier rédigera le procès-verbal,

(1) Cass. 8 juillet 1885, D. 1885.1.204.

qui devra constater la prestation de serment par l'expert et les dires et observations des parties; ce procès-verbal sera signé par le juge de paix, le greffier, l'expert et les parties dont on a consigné les réquisitions. Si la cause est en dernier ressort, il ne sera point dressé de procès-verbal; le jugement définitif énoncera le nom de l'expert, sa prestation de serment et le résultat de son avis. Si, malgré la disposition de l'article 43 du Code de procédure, un procès-verbal est dressé dans ce cas, il n'y a pas là une cause de nullité; les parties peuvent seulement refuser d'en payer le coût, puisqu'il constitue une procédure inutile. Suivant les circonstances, le juge est autorisé à rendre son jugement définitif sur les lieux mêmes de la visite et sans désemparer, ou à le renvoyer à une audience de son Tribunal. L'article 42 du Code de procédure qui donne cette option au juge semble la limiter au cas où le juge est accompagné d'un expert. Certains auteurs ont soutenu, en effet, que cette faculté de rendre jugement sur les lieux, étant dérogatoire à la règle d'après laquelle toutes les décisions judiciaires doivent être prononcées en audiences publiques et au lieu ordinaire des audiences, devait être interprétée restrictivement et que son application devait, aux termes mêmes de l'article 42, être restreinte au cas où le juge procède avec l'aide d'un expert. Mais la Cour de cassation a décidé que, « la disposition de l'article 42 étant applicable toutes les fois qu'aux termes de l'article 41 un transport est nécessaire, il n'y a pas à distinguer entre le cas où le magistrat procède seul et celui où il se fait

assister par des experts » (1). Mais, a-t-on dit (2), si le juge a ainsi la faculté de renvoyer son jugement à une audience publique, il faudrait au moins qu'il soit obligé de dresser un procès-verbal de façon à ce qu'il reste des traces de l'opération. La difficulté se résoud par une distinction. La cause est-elle en dernier ressort, il semble qu'il n'y ait pas lieu à procès-verbal, car d'abord l'article 43, dans l'intention louable d'économiser les frais, défend de dresser un procès-verbal, et ensuite les traces dont on parle ne sont pas nécessaires, puisque l'affaire est en dernier ressort; il suffit que le juge ait sa conviction faite. Si la cause est en premier ressort seulement, il devra être dressé un procès-verbal conformément à l'article 42 si le juge est accompagné d'expert: si le juge procède seul, il nous semble logique et conforme à la doctrine de la Cour de cassation, telle qu'elle est exposée dans son arrêt précité du 22 juillet 1895 (*Le Droit*, 23 octobre 1895), de dire que même dans ce cas il n'y a pas lieu à procès-verbal; la nécessité d'un acte de procédure ne devant pas être admise sans qu'un texte formel l'établisse. Cependant, un arrêt de la Cour suprême du 13 janvier 1886 semble admettre implicitement la nullité d'une telle visite sans procès-verbal. Il est à désirer que la Cour de cassation revenant sur le principe de l'arrêt de 1886, conforme son opinion à la règle posée par elle dans son arrêt de 1895.

(1) Cass. 3 nov 1886, D. 1886.1.376 ; S. 86.1.150.

(2) Biret, *Traité des nullités*, t. 2, p. 299.

§ 3. — *Tribunaux de Commerce*

Il n'existe aucune différence de fond entre les visites de lieux en matière civile et en matière commerciale. Le Tribunal de commerce peut, lorsqu'il le juge nécessaire, ordonner qu'un de ses membres se transportera sur les lieux contentieux. Mais les juges consulaires ne peuvent motiver leurs décisions d'après le résultat de leurs investigations personnelles poursuivies en dehors de l'audience et en l'absence des parties, conformément à la règle que nous avons étudiée plus haut. Et même, il semble que cette règle devrait être appliquée plus rigoureusement en matière commerciale où, les moyens de preuve étant plus nombreux qu'en matière civile, il paraît juste de les soumettre d'une façon plus stricte aux règles de la procédure. C'est, en effet, la tendance de la Cour de cassation qui décide dans un arrêt (1) que lorsque le Tribunal ne trouve pas les documents de la cause des éléments suffisants pour établir l'exactitude des faits contestés, « il ne doit recourir qu'aux moyens de preuve déterminés par la loi ; que, particulièrement, s'agissant, dans l'espèce, de matière commerciale, il avait à sa disposition les moyens les plus larges de vérification. »

M. Ruben de Couder (2) approuve cependant le procédé employé, dit-il, fréquemment dans la pratique,

(1) Cass. 8 juillet 1885, S. 85.1.480 ; Cf. Cass. 25 janv. 1881, S. 81.1.196.

(2) *Dictionnaire de droit commercial*, v^o *Visite de lieux*.

et à l'aide duquel le Tribunal de commerce, sans prescrire une visite de lieux, renvoie le prononcé du jugement à huitaine afin de permettre à un ou plusieurs de ses membres d'aller visiter les lieux contentieux; et il reconnaît à ce mode de procéder l'avantage d'économiser des frais aux parties. Nous n'hésitons pas, pour notre part, à rejeter ce système, comme la majorité de la doctrine et la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation l'ont fait en matière civile (1); nous estimons, d'une part, que les raisons de droit qui ont déterminé la Cour suprême s'appliquent aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile et que, d'autre part, une économie de frais n'est pas avantageuse si elle a pour effet de restreindre les garanties données au plaideur par la loi, surtout en matière commerciale où les frais sont toujours bien moins élevés que devant les juridictions civiles.

Quant à la forme de la visite de lieux devant les Tribunaux consulaires, elle est réglée par les articles 295 et suivants du Code de procédure civile, avec, toutefois, cette différence que le ministère des avoués n'étant pas obligatoire devant les juges commerciaux, les significations dont il est parlé doivent être faites aux parties.

§ 4. — *Conseils de Prud'hommes*

Les conseils de prud'hommes, lorsqu'ils le jugent utile pour la solution de la contestation qui leur est

(1) V. *Supra*, p. 75.

soumise, peuvent aussi, avant faire droit au fond, rendre des jugements ordonnant des mesures d'instruction et, notamment, des visites de lieux; d'autre part, ils ont, aux termes de la loi du 18 mars 1806, certaines attributions qui les obligent à faire des visites chez les fabricants, chefs d'ateliers, ouvriers et compagnons. En ce qui concerne ces vérifications, ils ne peuvent les faire que sur réquisition écrite ou verbale des parties; ils ne peuvent pas ordonner d'office le transport, mais sur la réquisition des parties, ils ont la faculté de l'accorder ou de le refuser. Quant aux visites de lieux proprement dites, il nous semble résulter de l'article 46 de la loi du 20 février 1810 que les prud'hommes peuvent les ordonner d'office.

Le transport des prud'hommes, comme leurs fonctions, est gratuit. Le jugement préparatoire, s'il est rendu contradictoirement, n'est pas levé; il est exécutoire sur le vu de la minute. Il indique les jour, heure et lieu de la visite et la simple prononciation de ce jugement vaudra citation. Au jour fixé, la descente sur les lieux sera faite au moins par deux conseillers prud'hommes, assistés du secrétaire porteur de la minute du jugement préparatoire. Il n'y a lieu de dresser procès-verbal que dans le cas de vérification de l'article 13 de la loi du 18 mars 1806, où des infidélités ou des soustractions doivent être constatées; dans les cas de visites de lieux proprement dites, il n'est point besoin de procès-verbal. Biche enseigne cependant

(1) Arg. art. 10, 11, 12 et 13 de la loi du 18 mars 1806.

qu'il convient d'exposer dans les considérants du jugement définitif le résultat de l'examen, surtout si l'affaire est susceptible d'appel (1).

§ 5. — *Conseils de Préfecture*

Avant la loi du 22 juillet 1889, un grand nombre de conseils de préfecture hésitait à ordonner des visites de lieux qu'aucun texte n'autorisait formellement (2). La loi de 1889 sur la procédure à suivre devant les conseils de préfecture autorisa, par son article 25, cette mesure d'instruction que la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'Etat avaient approuvée.

La visite des lieux peut être ordonnée par le conseil de préfecture, soit sur la demande de l'une ou des deux parties, soit d'office, mais elle peut être refusée par le conseil de préfecture qui demeure juge de son opportunité (3). Toute demande de visite de lieux doit être faite par des conclusions écrites sur timbre conformément aux articles 12 et 24 de la loi du 13 brumaire an VII; cependant, en pratique, cette règle n'est pas toujours suivie et le conseil de préfecture accueille souvent des demandes de visites de lieux faites à la

(1) Bioche, *Dict. de procéd. civ.* v^o *Prud'hommes* n^o 91.

(2) La loi du 21 juin 1865 art. 14 disposait bien qu'un règlement d'administration publique déterminerait les formes de visites de lieux, mais ce règlement ne parut jamais.

(3) Cons. d'Etat, commune de Cruas, 8 mai 1885, Lebon chr. p. 506 ; — C. d'Etat, ville de Louviers, 18 mai 1872, Leb. p. 444 ; Vallois, 7 mars 1861, p. 166.

barre lors de la plaidoirie. L'arrêté ordonnant la visite en fixe l'heure et le jour; si, cependant, le conseil ne peut donner ces indications à ce moment-là, il lui est loisible de ne les indiquer que dans un arrêté ultérieur rendu en chambre du conseil; il indique les points sur lesquels doit porter l'examen du ou des conseillers délégués et mentionne si la visite des lieux est ordonnée d'office ou sur la demande des parties; dans ce dernier cas, en effet, la partie requérante peut être obligée à consigner les frais du transport. Cet arrêté sera le plus souvent préparatoire et, par conséquent, susceptible de pourvoi seulement avec la décision définitive. Les parties sont averties par un avis fait en la forme administrative et indiquant les jour et heure de la descente sur les lieux; c'est là une convocation qui assure à la mesure le caractère contradictoire, en l'absence duquel elle ne pourrait servir d'élément légal à une décision. Le défaut d'avertissement entraîne la nullité de la descente sur les lieux, mais comme en matière civile, cette nullité est couverte par la présence des parties (1).

Au jour venu, le conseiller délégué se transporte sur les lieux contentieux et procède à la vérification, tant en l'absence qu'en la présence des parties, mais son pouvoir d'instruction est plus étendu que celui du juge commissaire civil. Il est, en effet, admis qu'aux

(1) C. d'Et., Formet, 14 nov. 1884, p. 791 ; Pechwerdy, 11 mai 1883 p. 471.

termes du Code de procédure civile (1), le juge commissaire ne peut, dans le silence du jugement, demander des renseignements ou en recevoir de personnes étrangères au procès. Au contraire, l'article 25 § 2 de la loi du 22 juillet 1889 permet au conseiller délégué d'entendre, soit de son propre mouvement, soit sur la réquisition des parties, toutes les personnes qui peuvent aider à la solution du litige; mais ces tiers ne sont entendus qu'à titre de renseignements, par conséquent, sans prêter serment, sans signer leurs déclarations et aussi sans être taxés. De même, le conseiller peut faire faire par un homme de l'art toute opération qu'il croira utile à la solution du procès; il ne s'agit pas là d'une expertise et il n'y a pas lieu aux formalités prescrites en ce cas (2).

Il doit être dressé procès-verbal des opérations du conseiller délégué. La procédure devant le conseil de préfecture doit être, en effet, toujours écrite et la rédaction du procès-verbal est une formalité essentielle dont le défaut entraîne la nullité de la visite de lieux et du jugement définitif. Même avant la loi de 1889, le Conseil d'Etat décidait que le rapport verbal que pourrait présenter le conseiller délégué en chambre du conseil ne saurait suppléer le procès-verbal (3). Ce procès-verbal contient, d'une manière détaillée et pré-

(1) V. plus haut page 78.

(2) Teissier et Chaptal, *Tr. de la proc. dev. les Cons. de Préf.*, p. 207.

(3) C. d'Et., ville de Louviers, 12 mai 1876, *Leb.* p. 444.

cise, le rapport des opérations, les observations des parties et les renseignements qui auront pu être recueillis : mais le conseiller ne peut tirer une conclusion et donner son avis d'après le résultat de la descente de lieux. Il deviendrait récusable aux termes du droit commun (article 378 du Code de procédure civile). Puis le procès-verbal est enregistré et déposé au greffe où les parties peuvent en prendre connaissance. Quoiqu'il n'y ait aucun texte prescrivant la notification du procès-verbal aux parties, le Conseil d'Etat (1) et après lui une instruction ministérielle du 31 juillet 1890, ont établi la nécessité de la notification aux parties et ont ainsi assimilé la visite de lieux aux enquêtes et expertises. Malgré la doctrine contraire soutenue par les auteurs, c'est là une pratique admise par la jurisprudence.

Enfin, les frais de la descente sur les lieux qui, avant la loi de 1889, faisaient l'objet de controverses nombreuses, ont été mis par cette loi à la charge de la partie qui succombe, comme les dépens dans lesquels ils sont compris.

§ 6. — *Jurys d'expropriation*

Enfin, la loi du 3 mai 1844, article 37, dispose : « Le jury peut également se transporter sur les lieux ou déléguer à cet effet un ou plusieurs de ses membres ». Dans la pratique, les jurys d'expropriation pour

(1) C d'Et., ville de Louviers préc. ; — 21 janv. 1881, Cie d'Orléans, Leb. p. 100.

cause d'utilité publique usent, presque dans tous les cas, de la faculté qui leur est donnée par cette loi et ils agissent sagement, car le meilleur moyen d'apprécier la valeur d'un immeuble est évidemment la visite des lieux. C'est le jury tout entier qui décide de l'utilité d'une telle mesure d'instruction qui doit faire l'objet d'une délibération régulière. Le magistrat directeur ne peut, en aucune façon, intervenir à la décision des jurés sur ce point (1). En général, le jury ordonne la visite des lieux avant la discussion, mais ce n'est point là une obligation pour le jury qui peut l'ordonner en tout état de cause, même après la clôture des débats. La délibération des jurés ordonnant le transport sur les lieux n'est pas soumise aux formes spéciales de la loi de 1844; ainsi, il n'est pas nécessaire qu'au moment de cette délibération, le président du jury soit choisi (2); en général, la présence d'un étranger à la délibération est une cause absolue de nullité de cette délibération; la Cour de cassation a décidé que cette disposition n'était pas applicable à la délibération sur la visite des lieux, à moins que l'étranger ait pris part à la délibération; — enfin, il n'est pas nécessaire que la décision du jury relative à la visite des lieux soit rédigée par écrit et signée par tous les jurés; une simple mention au procès-verbal des opérations suffit.

(1) Cass 5 mai 1857, D. 57.1.166 ; Cf : Cass. 7 avril 1845, S. 45.1.531 ; — Cass. 24 déc. 1851, S. 52.1.670 ; -- Cass. 19 août 1846, C. 46.1.318.

(2) Arg. art. 38 de la loi du 3 mai 1841,

Conformément au principe établi, l'instruction, ici encore, doit être contradictoire. La décision du jury ordonnant une descente de lieux doit donc être portée à la connaissance des parties (1). Régulièrement, c'est le magistrat directeur qui doit aviser les intéressés, mais, en pratique, il arrive souvent que le président du jury se borne à annoncer en audience publique que le jury procédera à la visite des lieux au jour et à l'heure qu'il indique. Cette procédure est considérée comme régulière et acceptée par la Cour de cassation, qui a décidé que cette déclaration faite en audience publique était suffisante, lors même qu'une des parties a été absente de cette audience; le législateur, dit la Cour suprême, s'occupe des parties diligentes et soucieuses de la sauvegarde de leurs droits; si elles sont absentes ou non représentées, elles sont dans leur tort (2).

Aux termes de l'article 36 de la loi de 1841, chaque juré, dès que le jury est constitué, doit prêter serment de remplir ses fonctions avec impartialité. La question s'est posée à maintes reprises de savoir si le jury peut, avant sa prestation de serment, procéder valablement à une descente sur les lieux. La chambre civile de la Cour de cassation distingue — mettant ainsi fin à des controverses nombreuses qu'avait mal résolues un arrêt de la chambre criminelle faisant fonction de chambre

(1) Cass. 20 avril 1858, D. 58.1.323.

(2) Cass. 18 nov. 1846, D. 47.1.77 ; — 6 mai 1899, S. 1900.1.47,

des vacations (1) — entre le cas où la visite « opérée spontanément par des citoyens non encore revêtus d'une qualité déterminée, n'est qu'une démarche officieuse », et le cas où, d'après les circonstances, la visite a le caractère d'un acte d'instruction. Ainsi, la visite a eu lieu après une entente personnelle des jurés, en dehors du magistrat directeur et des parties et il n'en est pas fait mention dans le procès-verbal des opérations, c'est une visite officieuse. Au contraire, avant la prestation de serment, le jury se rend, sur l'invitation du magistrat directeur, dans la chambre de délibération pour y statuer sur la visite de lieux, et renvoie à une audience ultérieure pour permettre cette visite dont il est fait mention au procès-verbal; dans ce cas, la descente sur les lieux est un acte d'instruction. Dans ce dernier cas, elle est une cause de nullité et la décision qui interviendra dans la suite; dans le premier cas, elle n'est pas une cause de nullité, car ce n'est pas une opération légale nécessitant des formalités (2).

La visite des lieux peut être faite par le jury tout entier ou par quelques jurés délégués. Dans le premier cas, l'absence de l'un des jurés doit être, par application de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, une cause de nullité de la décision rendue postérieurement, à moins cependant que les parties, n'ayant fait sur ce

(1) Cass. D. 1835.1.112.

(2) Cass. 21 août 1861, D. 61.1.399 ; — 19 juin 1861, D. 61.1.286 ; — 5 mars 1861, D. 1861.1.181 ; 13 août 1866, S. 67.1.85 ; — 3 août 1869 ; — 12 août 1873, D. 73.1.487.

point ni protestations ni réserves, aient entendu ainsi vouloir renoncer à ce moyen de nullité (1). Le magistrat directeur n'est pas tenu d'assister à la descente sur les lieux puisqu'il n'a pas à se prononcer sur l'indemnité ; cependant, sa présence peut souvent être utile pour diriger les débats qui peuvent avoir lieu à ce moment et pour éviter les incidents qui ne manquent jamais de se produire entre expropriant et exproprié. Mais dans le cas où le magistrat directeur accompagne le jury, il n'est point nécessaire qu'il soit assisté de son greffier, car il n'a aucune constatation à faire. Cependant, lorsque la descente sur les lieux est faite par une délégation du jury, les jurés commissaires peuvent se faire accompagner du greffier, qui consignera sur le procès-verbal le résultat des constatations de la commission. Ici, en effet, un procès-verbal semble nécessaire, puisque quelques jurés seulement ont pu se faire une conviction et qu'ils doivent communiquer aux autres les renseignements qu'ils ont pu recueillir. Toutefois, l'absence de ce procès-verbal ne serait pas une cause de nullité de cette mesure d'instruction, à défaut de stipulation expresse de la loi à cet égard.

(1) Cass. 14 mars 1904, D 1905.5.5 ; — Cass. 28 juillet 1902 D. 1903.5.5.

CHAPITRE III

Preuves directes (suite)

II. — DES EXPERTISES

L'expertise est le complément de la descente sur les lieux, ce mode de preuve basé sur l'expérience personnelle que nous venons d'étudier. Lorsqu'il s'agit de faire une constatation ou de porter une appréciation exigeant des connaissances spéciales ou techniques, le juge doit avoir recours aux lumières des hommes de l'art et leur demander un avis sur le point litigieux. Tel est le rôle des experts qui deviennent ainsi les auxiliaires du Tribunal, *magis judicium quam testimonium*.

L'avis des hommes de l'art peut être aussi demandé en dehors de tout procès, par les intéressés; dans ce cas, il y a lieu à expertise amiable qui n'est soumise à aucune forme ni à aucune règle; nous ne nous occuperons ici que des expertises judiciaires qui sont, comme les visites des lieux, susceptibles d'être ordonnées par toutes les juridictions, tribunaux civils, juges

de paix, tribunaux de commerce, conseils de prud'hommes, conseils de préfecture. Devant le jury d'expropriation, la loi du 3 mai a implicitement interdit l'emploi de l'expertise; c'est, d'ailleurs, ce qui résulte formellement de la discussion de la loi (*Moniteur*, 8 juin 1833).

§ 1. — *Tribunaux civils*

Le principe est que, l'expertise n'étant qu'une mesure d'instruction employée par les Tribunaux lorsqu'ils ne sont pas suffisamment éclairés, il appartient au juge de fait d'apprécier l'utilité d'une expertise réclamée par les parties. Il peut donc soit l'ordonner d'office, soit refuser de l'ordonner alors qu'elle est demandée par les parties et qu'il a des éléments suffisants d'appréciation(1). C'est ainsi que la Cour de cassation a, dans de nombreux arrêts, consacré ce principe; que, notamment, elle a décidé que, malgré l'article 195 du Code de procédure civile, l'expertise en écriture ou vérification d'écriture n'est pas obligatoire, mais soumise au pouvoir discrétionnaire du juge; que, d'autre part, le juge ne commet pas une infraction à la règle qui lui défend de se prononcer d'après ses connaissances personnelles, lorsqu'il rejette une expertise dans une matière soumise aux règles de l'art en croyant qu'il pourra résoudre lui-même la question.

(1) Cass. 29 juillet 1891, S. 92.1.518 ; — 5 juin 1897, D. 1904.1.433 ; — 3 nov. 1896, D. 97.1.351.

En effet, le principe que nous venons de rappeler signifie seulement que le juge ne doit baser sa décision que sur les faits discutés à l'audience, mais il ne saurait lui interdire de mettre à profit les connaissances qu'il peut avoir sur la matière du procès et qu'il peut, au contraire, utiliser pour apprécier sainement le litige qui lui est soumis (1).

Le principe que le juge peut, suivant son appréciation souveraine, ordonner ou refuser l'expertise souffre quelques exceptions limitativement déterminées par certaines dispositions du Code ou de lois spéciales. Le Code civil a établi la nécessité d'une expertise préalable, dans le cas où celui qui a obtenu l'envoi en possession des biens d'un absent veut faire constater l'état des immeubles (art. 126 C. civ.); en cas de demande d'échange d'un immeuble dotal (art. 1559); au cas où, au cours d'un bail verbal et en l'absence de preuves, le montant de la location est contesté (art. 1716). De même, aux termes de la loi du 22 frimaire an VII, l'expertise ne peut être refusée à l'Administration de l'Enregistrement qui allègue une insuffisance d'évaluation d'immeubles sujets à un droit de mutation. Certains auteurs, s'appuyant sur la lettre de l'article 1678 du Code civil, estiment que le Tribunal ne peut refuser l'expertise au cas de demande en rescision pour lésion

(1) Cf. Cour d'Orléans, 18 fév. 1812, *J. des Av.*, t. 12, p. 702 ; — Cour de Rouen, 23 déc. 1837, *J. des Av.*, t. 55, p. 493.

des sept douzièmes (1). Pour notre part, nous préférons nous rallier à l'opinion de Troplong, qui estime que, dans certains cas où il résulte des documents versés aux débats que manifestement le prix est vil, il est inutile d'ordonner des frais frustratoires et d'apporter un retard considérable à la solution du procès (2). Cette solution a été d'ailleurs consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1819 (S. 31. 1.33). Telle paraît bien être l'opinion du législateur qui, par la loi du 2 juin 1844, a rendu facultative l'expertise, auparavant obligatoire, en cas de vente de biens de mineurs ou de licitation (art. 945 Code de procédure civile).

L'expertise, étant un incident d'une procédure principale dont elle n'est que l'accessoire, ne peut évidemment faire l'objet d'une demande principale. Aux termes de l'article 302 du Code de procédure civile, l'expertise doit être prononcée par jugement. Dans le silence des textes, mais conformément à l'esprit de la loi, les auteurs ont admis, et c'est aujourd'hui dans la pratique un usage contre lequel personne ne songe à s'élever, qu'une expertise pouvait être ordonnée par le juge des référés. Cependant, le caractère même de la juridiction des référés, qui est de statuer provisoi-

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. 4 § 689 ; Aubry et Rau, 4^e édition, t. 4, p. 358 ; Huc, t. 10, n. 196 ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 707 ; Planiol, t. 2, n° 1595.

(2) V. dans le même sens : Duvergier, t. 2, n° 106 ; Laurent t. 24, n. 437 ; Guillouard, *Vente*, t. 2, n. 703 ; Bonnier, p. 93 ; Dalloz, J. G. n° 1623.

rement, mettra obstacle à la nomination d'un expert par voie d'ordonnance, lorsque cette mesure préjugera du fond du litige ou portera sur une question de propriété.

Donc, le jugement ou l'ordonnance ordonnera l'expertise; la décision devra également nommer le ou les experts. Sur ce point encore, les Tribunaux ne sont liés pour le choix des experts par aucune règle ni aucune considération. Ils choisissent pour remplir cette fonction les personnes qui leur en paraissent capables, et ils sont seuls juges de l'opportunité de leur choix. Il n'y a plus aujourd'hui des « experts en titre d'office » comme autrefois certains édits, et notamment celui de 1690, en instituaient : le juge choisit qui lui plaît. Cependant faut-il encore que la personne choisie ne soit pas incapable de remplir cette fonction. Par exemple, un juge ne saurait être nommé expert ; il y a incompatibilité absolue entre ces deux fonctions; de même, les condamnés à la dégradation civique ne pourraient être experts (article 34 du Code pénal). Mais les incapacités relatives à la fonction d'expert sont énumérées limitativement par la loi et, comme toutes les exceptions, elles doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive. Ainsi, on doit admettre qu'un mineur ou qu'une femme mariée peuvent être nommés experts (1), comme ils peuvent être choisis pour mandataires; cependant, serait-il prudent de ne procéder à cette nomination que du consentement des parties. La

(1) *Contrà*, Bonnier n° 114.

question a été et est encore, d'ailleurs, vivement controversée, de savoir si les greffiers et commis-greffiers pouvaient être nommés experts. Certains auteurs (1) prétendent en se basant sur l'article 1597 du Code civil que les incompatibilités relatives aux juges sont communes aux greffiers; d'autre part, le rôle de greffier est d'assister le juge dans tous les actes dont parlent les articles 312 et suivants du Code de procédure civile et son poste est à l'audience ou au greffe; il ne saurait, pour ces raisons, remplir les fonctions d'expert. Cette opinion nous paraît manifestement mal fondée; qu'il nous suffise de rappeler qu'aucun texte n'établit au détriment des greffiers et commis-greffiers assermentés ou non, une telle incapacité, et qu'aucune incapacité ne saurait exister sans une indication formelle de la loi. Les opinions ont été longtemps partagées sur le point de savoir si un étranger peut être nommé expert. Les partisans de la négative se basaient sur les articles 34 et 42 du Code pénal qui placent le droit d'être expert au nombre des droits civils et sur cette considération que l'expertise, étant une sorte de délégation de pouvoirs judiciaires, la qualité de citoyen est indispensable à l'expert. La majorité des auteurs et la jurisprudence admettent, au contraire, que l'expertise n'est qu'une sorte de mandat qui peut être confié à tous ceux que la loi n'en déclare pas indignes; que l'expert ne bénéficie d'aucune délégation du pouvoir judiciaire puisqu'il ne fait que recueillir des ren-

(1) Carré, quest. 1163.

seignements et formuler un avis que le Tribunal n'est pas obligé de suivre. Indépendamment des raisons d'utilité pratique qui ont pu déterminer la jurisprudence à adopter cette deuxième opinion, nous estimons qu'elle est, plus que la première, conforme à la véritable nature de l'expertise et au principe de l'interprétation restrictive des incapacités (1).

On peut, en résumé, admettre que tous ceux qui n'en sont pas déclarés incapables ou indignes par des textes formels, peuvent être désignés comme experts. Le juge n'est pas obligé de choisir dans une certaine catégorie de personnes : il n'y a plus d'experts-jurés, sauf, cependant, quelques exceptions peu importantes établies par des lois spéciales en matière de douanes, de mines, et de bornage des forêts de l'Etat.

La procédure de la nomination des experts est indiquée aux articles 303 et suivants du Code de procé-

(1) Massé, *Dict. commercial*, t. 1. n. 507 ; Boitard, *Leçons de procéd. civ.*, t. 1, n. 516 ; Dutruc, Garsonnet, etc. ; Nancy, 9 février 1886, D.1887.2.25. M. Glasson, dans une notesous cet arrêt, se montre partisan de l'incapacité de l'étranger, du mineur et de femme. Son raisonnement paraît ne pas devoir résister à l'examen ; même si l'on tenait pour exact, ce qui n'est pas, à notre avis, l'argument tiré de la délégation judiciaire confiée au juge, les conséquences qu'il veut faire dériver de la prestation de serment nous paraissent impuissantes à justifier son système. De même, d'ailleurs que l'assimilation entre les fonctions d'expert et celle de témoin instrumentaire qui résulterait, d'après lui, de l'article 42 du Code pénal. Ce dernier argument n'a d'ailleurs plus raison d'être depuis la loi du 7 décembre 1897 admettant les femmes à servir de témoins instrumentaires.

dure civile. Les experts sont nommés par le Tribunal, à moins que les parties, lorsqu'elles sont maîtresses de leurs droits, ne soient d'accord sur le choix de l'expert ou des experts. Dans ce cas, le jugement n'a qu'à leur donner acte de cet accord; si les parties ne se sont pas entendues avant le jugement, il leur est accordé un délai de trois jours, de la signification du jugement, pour s'entendre sur le choix et en faire la déclaration au greffe. A moins que les parties ne déclarent vouloir un seul expert, le Tribunal doit en nommer trois. Dans certains cas, cependant, le Tribunal, contrairement à la disposition de l'article 303 du Code de procédure civile, ne peut nommer qu'un seul expert, par exemple en cas de vente et de licitation (articles 955 et 971 du Code de procédure civile), et en matière commerciale (art. 429 du Code de procédure civile). La règle de l'article 303 comporte encore une exception admise par la Cour de cassation. La Cour a, dans de nombreux arrêts, décidé que l'article 303 ne s'appliquait qu'au cas où le Tribunal ordonne une expertise soit sur la demande formelle de l'une ou de l'autre des parties, soit en vertu d'une disposition légale la prescrivant. Au contraire, si le Tribunal ordonne *d'office* une expertise pour se procurer des renseignements, l'article 303 n'est plus applicable et un seul expert peut être valablement nommé (1). La majorité des auteurs s'est rallié à la théorie de la Cour de cassation.

(1) Cass. 15 nov. 1887, S. 1890.1.471 ; — 15 mars 1881, S. 81.1.213 ; — 17 juin 1885, S. 85.1.318 ; — 20 janvier 1902, D. 1903.1.181.

Si les parties sont maîtresses de leurs droits, elles peuvent consentir à ce qu'un seul expert soit nommé. Mais le Tribunal ne pourrait, même sur leur demande, nommer plus de trois experts (1).

Les experts ainsi nommés, qu'ils le soient d'office ou sur la demande des parties, peuvent, dans certains cas, être récusés. Mais la récusation contre l'expert choisi par les parties est moins aisée; l'article 308 du Code de procédure civile, de façon à « prévenir les effets de la versatilité des parties », dispose que l'expert choisi ne pourra être récusé que si les causes de récusation ne sont survenues que depuis la nomination de l'expert ou si, ajoutent les commentateurs, les causes de récusation existant avant la nomination, n'ont été connues que depuis cette désignation. La récusation doit, aux termes de l'article 309, être proposée dans le délai de trois jours de la nomination. De nombreuses controverses se sont élevées sur la nature et l'étendue de ce délai. En doctrine, les opinions sont encore partagées; en jurisprudence, certaines difficultés sont définitivement tranchées : c'est ainsi qu'il est admis que lorsque le jugement nommant les experts a été rendu par défaut, le délai de récusation ne commence à courir qu'à l'expiration du délai d'opposition; que ce délai n'est pas franc; que, lorsque le jugement de nomination est contradictoire, le délai ne commence

(1) Paris, 11 fév. et 1^{er} avril 1811, *J. Av.*, t. 12, p. 698 et 700 ; — Colmar, 8 avril 1830, *S.* 32.2.626 ; — Sic, Boncenne, t. 4, p. 460 ; — Garsonnet, *Traité de proc. civ.*, § 867,

à courir que du jour de la signification de ce jugement. Certaines autres questions ne sont pas encore résolues, comme celle de savoir si le délai ne doit pas commencer à courir seulement lorsqu'est écoulé celui accordé aux parties pour désigner des experts amiables, ensuite de nomination d'office (1). En tous cas, passé ce délai de trois jours, les parties sont déchues de leur droit de récusation.

Les cas de récusation sont les mêmes pour les experts que pour les témoins. L'article 310 du Code de procédure civile qui établit cet règle nous fournit ainsi un argument pour la théorie que nous avons soutenue plus haut et qui reconnaît à l'expert le caractère d'un mandataire et non d'un dépositaire par délégation de l'autorité judiciaire. Si le législateur avait vu dans l'expertise un démembrement du pouvoir judiciaire, n'aurait-il pas assimilé les cas de récusation des experts à ceux des juges au lieu de les assimiler à ceux des témoins et l'article 310 n'aurait-il pas renvoyé à l'article 378 plutôt qu'à l'article 283 du Code de procédure civile ?

La récusation proposée a pour effet de suspendre l'effet du jugement de nomination et de saisir le Tribunal qui juge sommairement, sur simple acte et sur les conclusions obligatoires du ministère public. Ce jugement est exécutoire nonobstant appel. Si la récusation

(1) Dans le sens de l'affirmative, Montpellier, 17 avril 1822, *J. Ar.*, t. 2, p. 734 ; Aix, 9 déc. 1834, *J. Ar.*, t. 51, p. 627. Dans le sens de la négative, Rennes, 17 juin 1816, *S. chr.* ; — Nancy, 11 nov. 1841, *S.* 42.2.245.

tion est admise, le Tribunal nomme par le même jugement de nouveaux experts qui pourront être remplacés en cas d'accord des parties. Si la récusation est rejetée, la nomination des experts est maintenue et ces derniers peuvent, sur leur demande incidente, faire condamner la partie qui a vainement proposé la récusation, à des dommages-intérêts lorsque leur honneur ou leur considération ont reçu atteinte du chef de cette récusation. Si l'expert obtient des dommages-intérêts, il ne pourra demeurer expert. Les commentateurs ont fort à propos complété cette disposition de l'article 314 du Code de procédure civile et décidé que l'expert doit être remplacé dans tous les cas où il a demandé des dommages-intérêts, qu'il en ait obtenu ou non. On conçoit aisément, en effet, que le ressentiment de l'expert contre la partie qui a proposé la récusation sera encore plus vif s'il n'a pas obtenu de dommages-intérêts.

Les experts sont prévenus soit verbalement, soit par lettre missive, soit enfin par la signification du jugement de nomination. Le ministère des experts est absolument libre, de sorte que l'expert nommé ou choisi peut refuser le mandat qui lui est confié. S'il n'accepte pas, les parties se mettront d'accord pour en nommer un autre à sa place, à défaut de quoi le Tribunal procédera au remplacement. Mais il peut se faire que l'expert accepte à ce moment et que, plus tard, il ne veuille ou ne puisse remplir ses fonctions; si un expert ne se présente pas soit au jour fixé pour la prestation de serment, soit au jour fixé pour les opérations, les parties se mettent d'accord devant le juge commissaire

sur le choix d'un nouvel expert. Si elles ne sont pas d'accord, le juge commissaire doit renvoyer devant le Tribunal; en pratique, le remplacement d'un expert a lieu par ordonnance du président du Tribunal rendue sur requête, ainsi que l'indique en général le jugement de nomination. S'il n'y a pas de juge commissaire présent aux opérations, la doctrine décide par argument de l'article 317 du Code de procédure civile que la non-comparution doit être constatée par le greffier de la justice de paix du lieu.

Si après la prestation de serment, l'expert a une excuse valable, le Tribunal peut le dispenser et le remplacer; s'il n'a point d'excuse, le Tribunal peut, sur la demande de l'une des parties, le condamner aux frais et à des dommages-intérêts.

Avant de commencer leurs opérations, les experts doivent prêter serment devant le juge commissaire, devant le juge de paix commis à cet effet ou devant tout autre magistrat ou Tribunal qui aura été désigné à cet effet. Les parties peuvent, pour s'éviter des frais, dispenser les experts du serment; cette dispense est très usitée en pratique, surtout pour des affaires de peu d'importance. Le procès-verbal de prestation de serment contient indication des jour, heure et lieu des opérations; cette indication sera suffisante si les parties sont présentes à la prestation de serment, sinon il leur sera fait sommation par acte d'avoué à avoué, à peine de nullité de l'expertise. Si les experts ont été dispensés du serment, il appartiendra aux parties de se faire indiquer par eux les jour, heure et lieu des opérations.

Conformément à la règle générale en matière de preuve, cette mesure d'instruction doit avoir lieu contradictoirement entre les parties. Il faut donc, à peine de nullité, que les parties y aient été présentes ou dûment appelées et mises à même d'y assister (1), mais il n'est pas nécessaire à peine de nullité que l'expertise soit portée à la connaissance des parties conformément à l'article 315 du Code de procédure civile; il suffit que d'une façon quelconque les parties aient eu connaissance des lieu, jour et heure de l'expertise (2).

Les experts doivent procéder ensemble aux constatations pour lesquelles ils sont commis. Contrairement à une opinion soutenue quelquefois, nous ne pensons pas que les experts puissent procéder dans le cours de leur expertise à une enquête véritable. Ils ne sont pas des délégués de la justice et ne peuvent procéder comme des juges commissaires. Cependant, ils peuvent toujours, même d'office, recueillir certains renseignements et interroger, à titre officieux, certaines personnes, à condition toutefois que les parties aient été présentes ou dûment appelées à cette audition.

Les experts doivent rédiger par écrit un rapport de leurs opérations ; les parties maîtresses de leurs droits peuvent cependant autoriser les experts à ne pas faire de rapport écrit, mais il faut que les parties

(1) Cass. 9 juillet 1900, D. 1905.1.328 ; — 11 fév. 1902, D. 1902.1.159.

(2) Cass. 19 octobre 1898, D. 98.148 ; — 27 déc. 1898, D. 1898.1.383 ; — 28 mars 1905, D. 1905.1.192.

soient unanimes sur ce point. Le rapport doit être écrit par l'un des experts et signé par tous. Si aucun des experts ne sait écrire, le rapport sera écrit par le greffier de la justice de paix du lieu où les experts ont délibéré, qui le rédige sous l'inspiration des experts. Mais aucune de ces formalités n'est substantielle; dans aucun cas, l'omission d'une de ces formalités ne saurait entraîner la nullité des rapports; c'est l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence (1). Un seul rapport doit être dressé et les experts ne forment qu'un seul avis à la pluralité des voix; si, cependant, l'un des experts ne se ralliait pas à l'opinion des deux autres, le rapport devra mentionner son opinion et ses motifs. Si les experts, n'ayant pu s'entendre, décident de rédiger chacun un rapport où ils exposent leur avis motivé, la Cour de cassation a décidé, malgré un arrêt de la Cour d'Orléans (17 janvier 1863, S. 63.2.10), que l'on ne pouvait voir dans cette manière de procéder une cause de nullité de l'expertise (Cass. 1^{er} février 1864, S. 64.1.62) (2). Leur avis doit, en tous cas, comme l'estimation qu'ils peuvent avoir mission de faire, être motivé.

Ce rapport doit se borner à mentionner les points

(1) Dejean, *Traité théorique et pratique des expertises*, n° 447; Berriat-Saint-Prix, *Cours de proc. civ.*, t. 1, p. 305; Pigeau, *Commentaire*, t. 1, p. 576; Carré, question 1199, etc.

Bordeaux, 26 mars 1841, *J. Pal.* 1841, p. 668; Cass., 8 mai 1872, *Gaz Trib.*, 17 mai 1872.

(2) Cf. Cass., 30 janvier 1849, S. 49.1.95; — 27 déc. 1898, D. 1899.1.383.

sur lesquels portait l'expertise, les experts devant se renfermer dans les limites tracées par le Tribunal. Quelquefois, leur mission est assez large et mal définie; dans ce cas c'est aux experts qu'il appartient d'apprécier l'étendue de leurs pouvoirs et de ne pas les outrepasser, sous peine de nullité *parte in quâ*.

Le rapport des experts est un document pouvant servir à renseigner le Tribunal, mais le juge conserve ici encore son pouvoir souverain d'appréciation qui lui permet d'accepter ou de rejeter les conclusions du rapport. C'est un acte authentique, du moins dans les rapports des parties entre elles, qui fait foi, jusqu'à inscription de faux, des constatations faites par les experts dans les limites de leur mission. Au regard des tiers, il peut être combattu par la preuve contraire, car les experts n'ont pas, aux yeux des tiers, ce caractère « d'officiers publics » investis de la confiance de la loi qu'ils ont vis-à-vis des parties en cause et en vertu d'une décision du Tribunal (1). Enfin, on admet aussi que les rapports d'experts ont date certaine, même avant leur enregistrement.

La minute du rapport est déposée au greffe du Tribunal qui a ordonné l'expertise; l'usage veut que ce dépôt n'ait lieu qu'après enregistrement. Les experts n'ont pas de délai pour opérer ce dépôt; cependant, en cas de retard ou de refus, ils peuvent être assignés au bref délai de trois jours francs et le Tribunal, jugeant en matière sommaire, peut les contraindre même

(1) Pigeau, *Commentaire*, t. 1, p. 578.

par corps, à faire le dépôt, sans préjudice des dommages-intérêts qu'au cas de collusion la partie lésée serait en droit de réclamer (1).

Les frais de l'expertise sont indiqués à la fin du rapport où il doit être fait mention des débours, frais et honoraires. Le président du Tribunal taxe le montant des frais et délivre l'exécutoire qui pourra être poursuivi contre la partie qui a requis l'expertise ou celle qui l'a poursuivie si elle a été ordonnée d'office. L'article 319 du Code de procédure civile, qui règle la question des frais, donne lieu à des divergences de doctrine et de jurisprudence sur lesquelles la Cour de cassation a été appelée récemment à se prononcer. Pour cette raison, et aussi à cause de l'intérêt pratique de la question, nous croyons devoir en dire quelques mots. La difficulté porte sur le point de savoir si on doit appliquer à la lettre l'article 319 du Code de procédure civile ou, au contraire, admettre, dans certains cas, une action solidaire des experts contre les parties. La doctrine et aussi la jurisprudence des Cours d'appel donnent une solution différente suivant que la question se pose dans l'une ou l'autre de trois hypothèses.

L'expertise a-t-elle été ordonnée sur la demande de toutes les parties ? Dans ce cas, il n'est pas douteux, et il est d'ailleurs conforme à l'article 319, que toutes les parties sont solidaires envers les experts. M. Laurent enseigne cependant que, dans ce cas, l'action des experts est non une action solidaire mais une action

(1) Trib. civ., St-Etienne, 20 nov. 1889, *Loi* 24 déc. 1889.

conjointe. Cette opinion est combattue par l'unanimité de la doctrine qui estime que si bien la solidarité ne se présume pas, du moins elle résulte suffisamment ici de l'article 2002 du Code civil sur le mandat, disposition qui doit s'appliquer sans nul doute, à notre avis, à ce mandat de justice qu'est l'expertise (1).

L'expertise a-t-elle été ordonnée d'office par le Tribunal ? Une première opinion que défend M. Garsonnet, tire argument de la lettre de l'article 319 pour n'accorder aux experts qu'une action contre la partie qui a poursuivi l'expertise. Une seconde opinion qui réunit le suffrage de la majorité et que la Cour de cassation vient de ratifier dans un arrêt récent, décide, contrairement au texte de l'article 319, que les experts d'office ont une action solidaire contre les parties lorsqu'ils sont nommés dans l'intérêt commun ou qu'aucune d'elles ne s'est opposée à l'expertise. La présomption tirée de ce *quod plerumque fit* est que l'intérêt est commun ; elle peut être, d'ailleurs, combattue par la preuve contraire (2).

(1) En ce sens, Rennes 25 janv. 1844, S. 45.2.17 ; — Besançon, 4 mars 1856, S. 56.2.585 ; — Lyon, 18 déc. 1885, S. 86.2.153.

(1) Cass. req. 6 mai 1905, D. 1905.1.431. — Voir dans le même sens, Amiens, 24 octobre 1901, D. 1903.2.281 ; — Paris, 28 nov. 1902, D. 1903.2.71 ; — 7 déc. 1904, D. 1905.5.24.

L'arrêt de Cass. du 11 août 1813 se base, pour donner une solution analogue, sur ce que l'expertise avait été ordonnée du consentement exprès des deux parties, de sorte que cette espèce rentre dans la première hypothèse et non dans la seconde.

Enfin, l'expertise a-t-elle été ordonnée sur la demande d'une seule partie? Une opinion professée notamment par Larombière et Demolombe soutient que dans tous les cas et, par conséquent, même dans cette hypothèse, l'expertise est un mandat de justice auquel on doit appliquer toutes les règles du mandat et notamment l'article 2002 du Code civil. Une seconde opinion adoptant l'article 319 du Code de procédure civile, décide que dans ce cas l'expert n'a d'action que contre la partie qui a requis l'expertise et qu'il en est ainsi même si la partie non requérante a poursuivi l'expertise : dans ce dernier cas, en effet, l'article 319 indique que le poursuivant n'est tenu des frais que dans le cas d'expertise d'office (1).

Le président du Tribunal taxe les honoraires dûs aux experts et rend cette taxe exécutoire par une ordonnance qui peut être frappée d'opposition dans la huitaine de la signification à partie. Cette opposition, d'après le dernier état de la jurisprudence des Cours d'appel, doit être portée devant la Chambre du conseil et non en audience publique, aussi bien devant la Cour d'appel que devant le Tribunal civil.

Puis le rapport ainsi établi et déposé est levé et signifié par acte d'avoué à avoué par la partie la plus diligente et l'audience poursuivie sur un simple avenir.

Ainsi que nous l'avons exposé au début de cette

(1) Cass. 11 août 1856, S. 57.1.107 ; — 28 août 1876, S. 77.1.20. — Dans ce sens, Carré, Bonnier, Colmet Daage, etc.

étude, le juge a un pouvoir souverain pour apprécier les résultats et la valeur d'une mesure d'instruction. L'article 323 du Code de procédure civile rappelle ce principe en disposant que le juge n'est pas tenu de se conformer à l'avis des experts. Il peut, par exemple, lui préférer des dépositions de témoins, ou des présomptions de fait, et écarter ainsi l'opinion des experts sans expliquer les raisons de cette décision; il suffit qu'il indique « qu'il existe dans la cause des éléments de conviction propres à le déterminer » (1). En sens inverse, un Tribunal peut se servir, mais à titre de renseignements seulement, d'une expertise irrégulière (2). L'article 323 du Code de procédure civile souffre cependant une double exception : l'article 18 de la loi du 22 frimaire an VII impose au Tribunal l'obligation d'adopter la solution du rapport des experts nommés à la demande de l'Administration de l'Enregistrement au cas d'insuffisance d'estimation d'immeubles sujets à mutation. De même, l'article 49 de la loi du 27 juillet 1822 édicte une règle semblable en matière de douanes.

Lorsque le juge ne trouve pas dans le rapport des experts les éléments nécessaires à la solution du litige et aussi, quoique ces hypothèses ne soient pas prévues à l'article 322 du Code de procédure civile, lorsque

(1) Cass. 12 juin 1899, D. 1900.1.39 ; — 11 juillet 1899, D. 1900.1.395 ; — Rennes, 29 avril 1905, D. 1905.5.35.

(2) Cass. req. 7 mars 1904, 1.208 ; — Civ., 17 juin 1903, D. 1905.1.345 ; — Alger, 27 avril 1904, D. 1905.2.310 ; — Cass. req., 6 août 1906, D. 1906.1.384 ; — Req. 16 fév. 1898, D. 98.1.159 ; — 10 juin 1902, D. 1902.1.454.

l'expertise contient une nullité ou lorsque des faits nouveaux se sont produits depuis la rédaction du rapport, le juge peut ordonner d'office ou sur la demande des parties une nouvelle expertise. C'est encore, dans ce cas, une simple faculté pour les Tribunaux. Mais ici, les parties ne peuvent plus imposer les experts choisis par eux : le Tribunal les nomme dans tous les cas; il en détermine le nombre sans être lié par aucune disposition légale; il les désigne sans être obligé d'en choisir d'autres que les premiers. Qui doit supporter les frais de la première expertise lorsque, par suite de l'insuffisance du rapport, une nouvelle expertise est nécessaire? Une opinion soutenue par Carré estime que les experts doivent être dans ce cas assimilés aux juges et que leur responsabilité n'est engagée qu'en cas de dol ou de fraude. Une deuxième opinion, aujourd'hui prépondérante et soutenue par la jurisprudence, applique l'article 1382 du Code civil et se base sur ce que les experts, étant toujours libres de refuser leur mission, contractent en l'acceptant l'engagement de la remplir suivant les règles légales. Si, par leur faute, leur travail est inutile, ils devront en supporter les dépens sans préjudice des dommages-intérêts que les parties pourraient réclamer (1). On pourrait aussi établir cette règle en appliquant par analogie l'article 1992 du Code civil et en se conformant ainsi à la jurisprudence qui voit dans l'expertise une sorte de mandat.

(1) Dijon, 25 juillet 1854, S. 1854.2.774 et note de M Glasson sous Montpellier, 10 février 1890, D. 1891.2.51.

§ 2. — *Juges de Paix*

Quoique le mot ne se trouve pas dans les articles 41 et 42 du Code de procédure civile, les juges de paix peuvent cependant ordonner de véritables expertises. En principe, les « gens de l'art » doivent faire la visite avec le juge de paix, mais cette prescription n'est pas édictée à peine de nullité, de sorte qu'en pratique la plupart des expertises ordonnées par le juge de paix ont lieu sans l'assistance de ce magistrat (1). Cette mesure d'instruction peut être ordonnée d'office ou sur la demande des parties; en tous cas, le juge de paix a un pouvoir discrétionnaire pour décider de l'opportunité de l'expertise.

A la différence de ce qui a lieu devant les Tribunaux civils, les parties n'ont pas le droit de choisir leur expert : c'est le juge de paix qui doit faire cette nomination pour laquelle il a un pouvoir souverain. De même, en ce qui concerne le nombre des experts, le juge de paix n'est pas soumis aux règles du Code de procédure civile; la majorité des auteurs et la Cour de cassation admettent que le juge de paix peut nommer un, deux ou trois experts (2). Cependant, il est admis que le juge de paix *peut* agréer le ou les experts proposés par les parties.

(1) Cass. 2 déc. 1868, D. 71.5.176 ; — 13 janv. 1886, *Gaz. Pal.*, 86.1.279. En matière de douanes, l'expertise est de droit.

(2) Dans ce sens, Carré et Chauveau, Rodière, Rousseau et Laisney, etc. Cass. 17 juin 1868, D. 68.1.330 ; — 16 fév. 1906, D. 1906.1.393.

Les articles 41 et 42 du Code de procédure civile ne parlent pas de la procédure de l'expertise en justice de paix; il y a donc lieu d'indiquer seulement, sans insister davantage, que les dispositions que nous venons d'étudier avec les articles 302 et suivants s'appliqueront ici en ce qui concerne les formes substantielles qui y sont prescrites. C'est ainsi que les experts pourront être récusés conformément à l'article 310; qu'ils devront prêter serment à peine de nullité; que les parties devront, sous la même sanction, être appelés à l'expertise (1). Si les experts procèdent à leur travail en dehors de la présence du juge de paix, ils devront établir un rapport. Aux termes de l'article 42, lorsque la cause est sujette à appel, un procès-verbal devra être dressé par le greffier si le juge de paix est présent à l'expertise, par les experts eux-mêmes dans le cas contraire. Quelques auteurs estiment même que, contrairement à l'article 43, les experts doivent dresser un procès-verbal dans les causes non sujettes à appel lorsque le juge n'assiste pas à l'expertise (2). Le rapport est déposé au greffe et ses conclusions ne lient en aucune façon le juge de paix qui conserve son entière liberté pour statuer.

(1) Cass. 15 janv. 1900, D. 1900.1.96.

(2) Chauveau sur Carré, n° 34 bis; Garsonnet, op. cit. § 407.

§ 3. — *Tribunaux de Commerce*

L'expertise est une mesure d'instruction employée très fréquemment en matière commerciale en raison, d'une part, de la nature même des litiges soumis à la juridiction consulaire et, d'autre part, en raison de la disposition de l'article 106 du Code de commerce autorisant et prévoyant la nomination d'expert en cas de contestation relative à des marchandises transportées.

Les règles que nous avons exposées en parlant des Tribunaux civils s'appliquent aux Tribunaux de commerce ; il faut tenir compte cependant des modifications nécessitées par l'organisation spéciale de ces Tribunaux et, notamment, par l'absence des avoués, et des quelques dérogations que l'article 429 du Code de procédure civile apporte aux articles 302 et suivants.

L'expertise étant ordonnée, d'office ou sur la demande des parties, le Tribunal nomme un ou trois experts à sa volonté, si les parties n'ont pas choisi elles-mêmes. A la différence de la procédure en vigueur devant les Tribunaux civils, le juge commercial nomme donc, sans qu'il ait besoin de se faire autoriser par les parties, un ou trois experts à son choix ; d'autre part, il ne les choisit lui-même que si les parties n'en conviennent pas *à l'audience même* (1), de sorte que le délai de trois jours établi par l'article 305 du Code de procédure civile n'existe pas en matière commerciale.

(1) Cass. req. 11 juin 1903, D. 1904.1.612,

Le Tribunal ne peut nommer plus de trois experts : il ne peut non plus en nommer deux, mais seulement un ou trois. Les formalités prescrites par les articles 307 et suivants sont remplies conformément à ces dispositions. Comme en matière civile, ces formalités sont substantielles (1). Ainsi, les parties doivent, à peine de nullité, être appelées à l'expertise. Un rapport doit être dressé à la pluralité des voix et la minute de ce rapport déposée au greffe (2). La partie la plus diligente doit, du moins pour procéder très régulièrement, lever et signifier le rapport par voie d'huissier. Cependant, dans beaucoup de Tribunaux, il est d'usage de dénoncer le dépôt à l'adversaire en le sommant de se trouver à l'audience indiquée pour entendre la lecture du rapport. Cet usage, qui offre l'avantage d'économiser du temps et des frais, a été sanctionné par un arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 1879 (Gaz. des Tribunaux, 19 mars 1879).

Les juges tiennent compte de l'avis des experts selon leur conviction, conformément à l'article 323 du Code de procédure civile.

L'article 106 du Code de commerce prévoit un cas d'expertise spécial au droit commercial. Le destinataire de marchandises transportées refuse de prendre livraison en raison de la détérioration de ces marchan-

(1) Cass. 11 déc. 1888, D. 1889.1.423 ; — 20 janv. 1891, S. 91.1.57 ; 14 déc. 1892, S. 93.1.308.

(2) Cass. 5 juillet 1894, P. 95.1.439,

disés, ou bien il ne veut en prendre livraison que sous le bénéfice de certaines réserves que le voiturier n'accepte pas : dans ce cas, l'une ou l'autre des parties en présence peut demander une vérification ou une constatation par expert. Le président du Tribunal de commerce ou, à son défaut, le juge doyen, ou enfin, à défaut de Tribunal de commerce dans la localité, le juge de paix, désigne par une ordonnance au pied d'une requête un ou plusieurs experts. Ces experts prêtent serment et remplissent leur mission sans que celle-ci soit soumise à toutes les formalités prescrites pour les expertises ordinaires ; et notamment, ces experts ne sont pas astreints à l'obligation d'y appeler toutes les parties. Le rapport est déposé et les juges statuent comme en matière ordinaire.

§ 4. — *Conseils de Prud'hommes*

Les expertises sont très rarement ordonnées devant cette juridiction, car les juges appartiennent à la même profession que leurs justiciables et ils ont, en général, des connaissances suffisantes pour n'avoir pas recours à une expertise. Comme en matière de visite des lieux, le jugement contradictoire, ordonnant l'expertise, ne sera pas expédié ; il contiendra indication des jour, heure et lieu de l'expertise et sa prononciation vaudra citation. Le surplus de la procédure est soumis aux formalités substantielles que nous avons étudiées à propos des Tribunaux de commerce. Un seul point est controversé : l'expert devant un conseil de prud'hom-

mes doit-il prêter serment ? Mollot (1) soutient la négative en se basant sur l'absence de mention de cette formalité dans la loi spéciale du 20 février 1810. Il nous paraît plus conforme à l'esprit de la loi et aux principes appliqués dans notre matière, de dire que l'expert devant les prud'hommes devra prêter serment comme tout expert qui n'en est pas dispensé par la loi ou par les parties.

§ 5. — *Conseils de Préfecture*

La procédure des expertises devant les conseils de préfecture diffèrent sur quelques points de détail des règles que nous avons étudiées dans les paragraphes précédents. La loi du 22 juillet 1889 dispose que l'expertise est facultative pour le conseil de préfecture qui peut l'ordonner d'office ou ne pas l'ordonner sur la demande des parties, sauf au cas de dommages résultant de l'exécution de travaux publics et de subventions pour dégradations extraordinaires aux chemins vicinaux. Dans ces deux cas, l'expertise devra être ordonnée si elle est demandée par l'une ou l'autre des parties. L'expertise est faite, en principe, par trois experts dont un nommé par le conseil de préfecture, chacune des parties en nommant un à son choix; de sorte que, contrairement au principe en vigueur devant

(1) Mollot, *Compétence des Conseils de Prud'hommes*, p. 236.

les Tribunaux civils, il peut arriver que l'expertise soit faite par plus de trois experts, s'il y a en présence plus de deux parties ayant un intérêt distinct (1). Les parties peuvent consentir à ce qu'un seul expert soit nommé par le conseil, s'il n'est pas désigné par elles. Si les parties ne sont pas présentes à l'audience où l'expertise est ordonnée et si elles n'ont pas désigné leur expert dans leur mémoire, une notification faite en la forme administrative les invitera à faire cette désignation dans le délai de huit jours.

Le serment est prêté par les experts devant l'autorité désignée par le conseil de préfecture; cependant, les parties peuvent dispenser les experts du serment, ce qu'en aucun cas le conseil de préfecture ne pourrait faire, sous peine de nullité (2). Ils procèdent à la visite des lieux, les parties dûment appelées, dressent le rapport qu'ils déposent au greffe dans le délai fixé par le conseil de préfecture. Les parties sont avisées de ce dépôt par une notification administrative et elles peuvent en prendre connaissance et y faire les observations qu'elles jugeront utiles dans un délai de quinzaine, susceptible de prorogation.

Dans certains cas, des lois spéciales soumettent l'expertise à des règles spéciales. Telles sont les lois du

(1) Cons. d'Etat, 25 juin 1897, D. 98.3.3 ; 21 janv. 1896, D. 97.3.25.

(2) Cons. d'Etat, 30 juillet 1880, Leb. chr. p. 714 ; — 24 juin 1881, S. 83.3.11,

16 septembre 1807 sur le dessèchement des marais; la loi du 21 avril 1810 sur les mines; la loi du 30 mars 1831 sur les occupations de terrains pour travaux urgents de fortifications; la loi du 17 juillet 1895 sur les contributions directes, etc.

✓ _____

CHAPITRE IV

Preuves indirectes

DES PRÉSOMPTIONS

Considérer les présomptions comme des *preuves indirectes* et les ranger sous une telle rubrique, c'est prendre partie dans la discussion qui est ouverte encore aujourd'hui entre les commentateurs du Code civil. La majorité des auteurs modernes admettent avec Pothier que l'on ne doit pas, pour avoir une notion exacte de la *présomption*, s'en tenir à la définition de l'article 1349 du Code civil. Dire que la présomption est « la conséquence tirée d'un fait connu à un fait inconnu », c'est assimiler la présomption à la preuve qui, elle aussi, est une conséquence tirée d'un fait connu à un fait inconnu. Or, il existe des différences entre ces deux modes de recherche de la vérité. La preuve, littérale ou testimoniale, agit directement en ce sens que c'est l'existence du fait litigieux lui-même qui est prouvée; la présomption n'agit qu'indirectement, car elle se base

sur l'existence d'un fait qui n'est pas celui litigieux, pour conclure à l'existence du fait contesté. Telle est, suivant l'opinion de nombreux auteurs, la distinction que l'on doit établir entre la preuve proprement dite et les présomptions ou indices de l'article 1349 (1). Cette théorie n'a, cependant, pas rallié les suffrages de tous les auteurs. M. Planiol, notamment, critique la distinction que fait Pothier entre la preuve et la présomption, dont l'une agit directement et par elle-même, et dont l'autre exige un raisonnement par induction. Si l'on regarde de près, dit M. Planiol, la distinction s'évanouit, car, dans les deux cas, le raisonnement existe; la vérité du fait contesté est toujours tirée d'un autre fait connu. Seulement, en face d'une preuve, le raisonnement est si rapide qu'il passe inaperçu, et il n'y a, entre la preuve et la présomption, qu'une « différence de degré dans la difficulté qu'on éprouve à convaincre le juge ». Cette controverse qui n'offre que l'intérêt d'une discussion purement théorique ne saurait nous arrêter; qu'il nous suffise de remarquer que l'antinomie de ces deux systèmes nous semble plus apparente que réelle : ne peut-on pas dire, en effet, avec raison que si la présomption exige un raisonnement assez long, c'est précisément parce qu'elle n'est pas une preuve directe ?

Quoiqu'il en soit, un point est certain; en matière de preuve, la conséquence du fait connu au fait contesté

(1) Dans ce sens, Bonnier, Colmet de Santerre, Demolombe, Larombière, Duranton, Huc,

est nécessaire, c'est-à-dire que l'existence du second résulte nécessairement de l'existence du premier; en matière de présomption, l'induction à l'aide de laquelle on passe du fait connu au fait inconnu ne repose que sur une probabilité « dont la force varie à l'infini ». C'est au juge qu'il appartient d'apprécier le degré de vraisemblance qu'offre l'existence du fait litigieux en raison de l'existence de la présomption. Le juge n'est, en général, soumis à aucune règle : il a un pouvoir souverain pour admettre ou rejeter, suivant les circonstances, la preuve par présomption; cependant, le législateur a cru bon de réglementer la force probante de certaines présomptions, de façon à éviter certaines controverses et aussi dans l'intérêt de l'ordre public, et c'est ainsi qu'il a institué les *présomptions légales* dont parle l'article 1350 du Code civil, que l'on oppose à celles dont la valeur est soumise à l'appréciation du juge.

§ 1. — *Des présomptions légales*

1° *Des différentes présomptions légales.*

En face de l'arbitraire qui règne dans le fonctionnement des présomptions simples et dans le but d'assurer la stabilité de l'état des personnes ou des propriétés et de maintenir l'ordre social, la loi a attaché à certains actes et à certains faits une présomption dont elle a pris soin de déterminer la force probante. Tandis que les présomptions simples, dont le nombre est infini, sont soumises à l'appréciation du juge, on peut

même dire à son bon plaisir puisque son appréciation échappe au contrôle de la Cour de cassation ; tandis que la présomption simple ne saurait, en général, constituer à elle seule la preuve qui ne peut résulter que du concours de plusieurs présomptions, les présomptions légales sont limitativement déterminées par le législateur ; elles échappent à l'arbitraire du juge qui n'a qu'à appliquer à la lettre la disposition légale ; enfin, une telle présomption fait à elle seule la preuve complète du fait inconnu. Je prétends avoir payé ma location des années antérieures parce que je possède le reçu de la dernière année : c'est là une présomption simple qui rend vraisemblable ma prétention, mais le plus souvent, elle ne suffira pas à la prouver si à cette présomption ne viennent pas s'en ajouter d'autres ; mais je dis : je suis propriétaire de ce meuble parce que j'en suis possesseur ; cette présomption légale, que je tire de l'article 2279, suffit à justifier mon affirmation.

La présomption légale est donc pour celui qui peut s'en prévaloir un argument d'une grosse valeur, d'une part, parce qu'elle supplée à toute preuve, et, d'autre part parce que, dans certains cas, la loi ne permet pas à la partie à laquelle on l'oppose de faire la preuve contraire et de détruire ainsi l'effet de la présomption. Leur existence aurait constitué un véritable danger si le législateur n'en avait pas limité le nombre et mis ainsi obstacle à l'arbitraire du juge. Dans l'ancien droit cependant, il n'en était point ainsi. On pouvait, même dans les pays coutumiers, les présomptions dans

les textes du droit romain ou dans la doctrine contemporaine; Pothier nous indique comment on créait une présomption par une interprétation extensive d'un texte. « Cette présomption, dit ce jurisconsulte (Obligation n° 843), est établie par les dispositions des coutumes qui portent que homme et femme sont uns et communs, etc., car c'est comme si elles disaient « qu'ils sont *présumés* être convenus qu'ils seraient uns et communs... » L'article 1350 a heureusement réagi contre cette tendance; aujourd'hui, conformément au rapport de Jaubert au Tribunal, il n'y a d'autres présomptions légales que celles déterminées par une loi spéciale.

L'article 1350 énumère, à titre d'exemple, un certain nombre de présomptions légales; mais les formules employées par le législateur, pour vouloir être plus générales, n'en sont pas moins assez obscures. Ainsi :

1° Une présomption légale est attachée aux actes que la loi déclare nuls comme *présumés* faits en faute de ses dispositions, d'après leur qualité, c'est-à-dire que la loi considère un acte comme frauduleux par cela seul qu'il renferme une disposition prohibée. Cet acte est frauduleux en vertu de la présomption légale sans que la partie qui l'attaque ait à prouver la fraude, comme il devrait le faire s'il l'attaquait pour cause de dol. Dans cette classification, on peut ranger certains actes faisant l'objet de dispositions spéciales du Code civil ou du Code de commerce, par exemple les donations faites à des personnes interposées (art. 911, 1099, 1100 du Code civil); les actes passés entre le tuteur et le pupille devenu majeur, alors

que cet acte n'a pas été précédé de la reddition du compte de tutelle et de la remise des pièces justificatives, opérations constatées par un récépissé du pupille datant de dix jours au moins avant la date de l'acte (art. 472 C. civ.); le traité autorisant le créancier gagiste ou antichrésiste à s'approprier l'immeuble grevé ou à en disposer en dehors des formalités indiquées (art. 2078 et 2088 C. civ.); les ventes entre époux, en dehors des cas limitativement fixés par l'article 1595 du Code civil; les adjudications au profit des tuteurs et mandataires des biens dont ils ont charge, et les cessions de droits litigieux faites à certains magistrats et à certains officiers ministériels (art. 1596 et 1597 C. civ.); les assurances faites dans les circonstances prévues aux articles 365 et 366 du Code de commerce; les actes passés par un débiteur failli dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite (art. 446, C. com.).

2° Il y a présomption légale de propriété ou de libération dans certaines circonstances énumérées par la loi. Dans cette disposition de l'article 1350 rentrent tous les cas de prescription prévus par le Code civil. La possession, si elle réunit les caractères indiqués par l'article 2229 du Code civil et si elle dure pendant un certain temps, fait présumer la propriété; cette possession est présumée avoir été exercée à titre de propriétaire; enfin, celui qui a possédé autrefois est censé avoir possédé pendant le temps intermédiaire, *olim possessor hodie possessor*. En matière de meubles, le possesseur est présumé propriétaire. Le législateur a

établi un grand nombre des présomptions dont parle cet alinéa de l'article 1350. Nous n'avons pas la prétention de donner ici une nomenclature complète de ces présomptions ; nous rappellerons seulement les plus importantes. La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (art. 552 du Code civil) ; toutes constructions faites sur un terrain appartiennent au propriétaire du terrain (art. 553 C. civ.) ; les murs de séparation sont présumés dans les cas prévus aux articles 653 et 670 du Code civil, être la propriété commune des deux propriétaires ; le mobilier existant au moment du mariage ou échu depuis est présumé acquis par les époux (art. 1499) (1) ; les communes sont censées propriétaires des biens communaux situés dans la circonscription de leurs territoires respectifs (loi du 10 juin 1793) ; l'acceptation d'une lettre de change fait présumer l'existence de la provision entre les mains du tiré (art. 117, C. com.). De même, le législateur conclut de l'existence de certaines circonstances spéciales à la libération du débiteur ; l'inaction du créancier pendant un certain temps fait présumer le paiement (prescription libératoire) ; la remise du titre sous seing privé ou de la grosse du titre authentique fait présumer le paiement ou la remise de la dette (art. 1282 et 1283, C. civ.) ; la quittance du capital donnée sans réserve des

(1) En ce qui concerne la présomption de l'article 1499, il convient d'ajouter que cette présomption n'a pas la même force suivant qu'elle est appliquée dans les rapports des époux entr'eux ou dans les rapports des époux avec les tiers.

intérêts, en fait présumer le paiement (art. 1908). De même encore le fait par une partie d'exécuter volontairement un acte susceptible d'être attaqué par la voie de l'action en rescision emporte présomption de renonciation à ce moyen (art. 1338 C. civ.) (1).

3° Une présomption de vérité est attachée à la chose jugée, *res judicata pro veritate habetur*. La chose jugée doit être considérée comme ayant établi un rapport juridique légalement certain dans les relations des personnes ayant été parties au procès.

4° C'est une présomption légale qui donne force probante à l'aveu et au serment de la partie.

Nous avons dit que les exemples cités par l'article 1350 n'étaient point limitatifs. Comme le fait remarquer M. Planiol, il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette constatation. Notre article n'est pas limitatif en ce sens qu'il existe dans notre législation un grand nombre de présomptions légales autres que celles de l'article 1350 et ne pouvant pas se ranger dans l'une des catégories énumérées par ce texte. Mais il ne faut pas conclure de là que l'on peut étendre le cercle des présomptions légales : la loi, seule, peut les créer, les Tribunaux y sont impuissants.

Ainsi, de nombreuses dispositions du Code civil

(1) Dans notre ancien droit, la quittance d'un terme de loyer faisait présumer le paiement des termes antérieurs. Cette présomption légale, fondée sur le droit romain, n'a pas été reproduite par le Code civil. Il en est de même pour la présomption légale que notre ancien droit tirait de la cancellation d'un acte.

créent des présomptions légales, par exemple la présomption de l'article 1 du Code civil aux termes duquel nul n'est censé ignorer la loi après un certain délai couru du jour de la promulgation; la présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, de l'article 312; la présomption de faute du locataire chez qui un incendie a lieu, etc., etc. Le Code de commerce nous fournit aussi des exemples de présomptions non comprises dans la classification de l'article 1350 du Code civil, par exemple la présomption aux termes de laquelle les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce (art. 638 C. com.); etc...

En résumé, la disposition de l'article 1350 du Code civil est aussi restrictive et aussi catégorique que possible : il ne saurait exister de présomption légale sans une *loi spéciale*. Ce principe semble dominer notre matière et nous apparaît comme une garantie nécessaire contre l'arbitraire des juges; cependant, il a été parfois méconnu par les auteurs, quelquefois aussi il a été violé par la jurisprudence, même par celle de la Cour suprême.

Troplong et Aubry et Rau (1) voient dans la possession une présomption légale de la propriété, alors que nulle loi spéciale n'établit cette présomption. « La possession des choses corporelles, dit le second de ces auteurs, engendre, en faveur du possesseur, une présomption légale de l'existence, dans sa personne, du

(1) Troplong, *De la Prescription*, I. 217 ; Aubry et Rau, t. 2, § 182.

droit de propriété dont elle est la manifestation. Cette présomption est l'unique effet que la possession produise immédiatement et par elle-même ». Bonnier dit plus explicitement encore : « Néanmoins, il ne faut pas imaginer qu'aucune présomption légale ne puisse être établie sans une *loi spéciale*. Cela est vrai pour les présomptions absolues, celles qui n'admettent pas la preuve contraire. Mais les présomptions légales du premier degré, qui admettent cette preuve, peuvent fort bien ressortir de l'ensemble des dispositions de la loi. Ainsi, il est bien constant que le possesseur d'un immeuble en est réputé propriétaire, bien que cela ne résulte expressément d'aucun article de nos Codes » (1).

Cette théorie se heurte, d'après nous, à trois arguments contre lesquels elle ne peut prévaloir :

1° La conception de Bonnier est *absolument contraire* au texte même de l'article 1350; ce n'est pas une interprétation extensive de l'article 1350, c'est une *contradiction formelle*. Voulez-vous que ce soit une interprétation extensive ? Elle n'est pas possible dans notre espèce. En droit commun, le juge tire des actes et des faits qui sont soumis à son appréciation telles conséquences qu'il juge bon de déduire; son pouvoir d'appréciation est illimité. Ici, au contraire, le législateur, dérogeant au droit commun en matières de présomptions, ordonne que telle ou telle conséquence devra être attachée à tel fait, sans que le juge puisse s'écarter

(1) V. dans ce sens, Fuzier-Herman, *Répertoire* v° Présomptions, n° 16.

de cette règle et sans qu'il puisse juger autrement, même s'il a une conviction contraire à celle qui lui est ainsi *imposée*. La règle de l'article 1350 est donc exorbitante du droit commun et, conformément au principe, elle doit recevoir une interprétation restrictive; on ne saurait créer des présomptions légales par déduction ou par analogie. L'article 1350 a exigé une *loi spéciale* : toute *présomption légale* devra être basée sur une *loi spéciale*; cela résulte du texte même de l'article, du principe général de l'interprétation et aussi de cette considération que le législateur a inséré dans la rédaction les mots « loi spéciale » pour réagir contre l'arbitraire des anciens juges qui puisaient des présomptions légales dans les textes romains, dans les articles des coutumes, dans les arrêts de parlement, etc. Le but du législateur serait manqué si l'on ne se tenait pas à la lettre de l'article 1350.

2° D'après Bonnier, il existerait deux sortes de présomptions d'une nature essentiellement différente : les unes, celles que l'auteur du *Traité des Preuves* appelle présomptions absolues, ne pouvant résulter que d'une loi spéciale; les autres, c'est-à-dire les présomptions légales du premier degré admettant la preuve contraire, pouvant trouver leur raison d'être, non pas seulement dans une loi spéciale, mais dans l'ensemble des dispositions de la loi. Or, il n'y a pas deux espèces différentes de présomptions; suivant l'expression de M. Aron, la présomption légale est *une*, c'est-à-dire que si bien la doctrine et la jurisprudence divisent les présomptions en présomptions *juris et de jure*, et pré-

somptions *juris tantum*, pour employer les expressions barbares des docteurs, du moins ces deux sortes de présomptions n'ont pas une nature différente et sont soumises, quant à leurs conditions d'existence, aux mêmes règles. M. Aron pense que cette erreur, qui se produit d'ailleurs assez fréquemment et que Bonnier lui-même a commise, provient précisément de la terminologie employée par les auteurs. Ces mots *juris et de jure* et *juris tantum* semblent établir une démarcation absolue entre les deux termes de cette distinction et le fait d'opposer constamment ces deux expressions l'une à l'autre a fait naître l'idée d'une différence dans la nature juridique des présomptions. Et cependant, il n'y a qu'une seule espèce de présomption légale, aux termes mêmes de l'article 1350 du Code civil. L'article 1352 indique bien que toutes les présomptions n'ont pas la même force, mais il n'y a entre elles qu'une différence de degré de probabilité et non une différence de nature. C'est, d'ailleurs, l'avis de Pothier (1); et enfin, en notre matière, il est fréquent de voir un mode de preuve fournir des éléments de conviction de valeur bien différente suivant le cas, sans que l'on puisse dire que la nature de cette preuve ait changée : ainsi, un procès-verbal, qui vaut jusqu'à inscription de faux, a évidemment la même nature juridique qu'un autre qui vaut seulement jusqu'à preuve contraire.

A notre avis, l'erreur de Bonnier ne provient pas de cette sorte de suggestion que provoque la termino-

(1) *Traité des Obligations*, 1861 2^e édit. n 839 et 3.

logie: il suffit, pour s'en convaincre, de lire les paragraphes qui suivent le passage incriminé. On y voit qu'au contraire cet auteur s'est parfaitement rendu compte qu'il n'y avait entre les présomptions qu'une différence de degré de force probante. Quoi qu'il en soit sur ce point, il n'en reste pas moins que l'on ne saurait admettre la distinction proposée qui, non seulement ne repose sur rien, mais qui est encore contraire aux textes, à la majorité de la doctrine et aux principes qui régissent notre matière.

3° Enfin, Demolombe fait à la théorie de Bonnier une objection qui nous paraît décisive. « Il ne faut pas, dit le savant commentateur du Code civil, voir dans toutes les dispositions de la loi, de la doctrine et de la jurisprudence, des présomptions proprement dites. Et notamment, il faut se garder de confondre les présomptions légales, qui sont des conséquences tirées par la loi d'un fait connu à un fait inconnu, avec les conséquences que la doctrine et la jurisprudence tirent logiquement d'un principe posé par la loi. » Ainsi, dans l'exemple choisi par Bonnier, ce dernier estime que c'est en vertu d'une présomption légale résultant de l'ensemble des dispositions de la loi que le possesseur d'un immeuble en est réputé propriétaire. Or, il y a là une confusion : aux termes de l'article 54 du Code civil, la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue. Le droit de posséder appartient au propriétaire, et il est logique d'en conclure, jusqu'à preuve contraire, que celui qui est possesseur d'un immeuble en est aussi

propriétaire. Mais ce n'est là qu'une conséquence logique tirée du droit de propriété ; ce n'est pas autre chose. De même, il ne faut pas confondre « ni dans leurs principes ni dans leurs effets » les présomptions légales avec certaines dispositions que la loi édicte dans un but d'ordre public ou d'intérêt privé. Ainsi, la loi déclare les mineurs et les interdits incapables de contracter et sanctionne cette disposition par une action en nullité ou en rescision. Y a-t-il là une présomption légale ? Non, dit Demolombe. Le législateur a tiré de l'inexpérience du jeune âge et du dérangement des facultés une conséquence logique qui est la suivante : les mineurs et les interdits n'ont pas l'intelligence nécessaire pour contracter. Peut-être bien la disposition de la loi est fondée sur une présomption ; mais cette présomption est le motif de la loi et elle n'a aucun rapport avec les présomptions légales qui sont le « fondement d'une preuve juridique ». Le fait qu'une disposition légale est fondée sur une présomption ne donne pas à la disposition le caractère d'une présomption légale. S'il en était autrement, toutes les dispositions de la loi seraient des présomptions, puisque les législateurs ont toujours décidé *de eo quod pierumque fit*.

Il y a donc, peut-on conclure de ces observations, une grande quantité de règles que l'on tire de l'ensemble de notre législation : mais ces règles ne sont pas des présomptions légales. Bonnier a précisément commis cette confusion, mais sa théorie ne saurait être soutenue, surtout en présence des termes formels de l'article 1350 du Code civil et des arguments dont nous avons déjà parlé.

Nous avons expliqué en parlant de la nécessité d'une loi spéciale pour donner naissance à une présomption légale, que ce principe n'avait pas toujours été respecté par les auteurs et par la jurisprudence. Nous venons de voir les divergences de la doctrine : nous allons étudier celles de la jurisprudence.

La jurisprudence a parfois, de sa propre autorité et en dehors de tout texte spécial, admis l'existence de présomptions légales. Il est vrai de dire que les présomptions ainsi créées par la jurisprudence sont toujours susceptibles d'être combattues par la preuve contraire; les Tribunaux et la Cour de cassation n'ont pas osé, en l'état actuel du moins, établir des présomptions absolues. Il n'en reste pas moins que les présomptions *juris tantum* sont, de nature, identiques aux présomptions absolues, et que, la règle formelle de l'article 1350 du Code civil s'appliquant aussi bien aux unes qu'aux autres, les Tribunaux ont excédé leur pouvoir.

M. Aron (1) donne comme exemple de présomption établie sans texte spécial, la présomption que la doctrine et une jurisprudence unanime accordent au propriétaire d'un moulin en ce qui concerne la propriété du canal d'amenée et du canal de fuite de l'eau (2).

(1) Aron, *Théorie générale des présomptions légales*, p. 38.

(2) En ce sens, Favard de Langlade, *Rép.*, v^o *Servitude*; Baudry-Lacantinerie et Chanveau, n^o 283, etc. — Cass, 13 fév. 1854, D. 4.1.55 ; — Cass., 24 déc. 1860, D. 61.1.411 ; — Cass., 17 déc. 1867, D. 67.1.484.

Nous estimons que l'exemple cité par M. Aron a été mal choisi et qu'il n'y a pas dans ce cas de présomption établie spontanément par la jurisprudence. Le principe que la Cour de cassation a consacré par différents arrêts est celui de l'article 546 du Code civil. Aux termes de cette disposition, la propriété du principal emporte propriété de l'accessoire ; une conséquence de cette règle, c'est que si les canaux d'alimentation et de fuite d'un moulin sont l'accessoire du moulin lui-même, ils seront considérés comme appartenant au propriétaire du moulin. Il ne s'agit donc là que d'une conséquence tirée par la Cour de cassation d'une disposition légale. La Cour suprême n'a fait qu'appliquer à ce cas la règle de l'article 546, en décidant que les biefs étaient l'accessoire du moulin ; elle n'a, en aucune façon, établie une présomption légale. Sans doute, il y a bien une présomption légale qui s'applique ici ; mais nous devons remarquer que cette présomption légale — qui consiste à réputer propriétaire de l'accessoire le propriétaire du principal — est le motif de la disposition de l'article 546 et que, comme nous le faisons remarquer il y a quelques instants, le fait qu'une disposition légale est fondée sur une présomption ne peut donner à la disposition le caractère d'une présomption légale. M. Aron semble avoir confondu présomption légale avec conséquence logique tirée d'une règle édictée par notre Code.

Par contre, c'est bien une véritable présomption légale qui a été créée par un arrêt de la Cour d'Aix cité par M. Aron. Cet arrêt interprète l'article 3 de la

loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, tel qu'il était rédigé avant les modifications qu'y ont apportées les lois du 1^{er} août 1893 et du 9 juillet 1902. Aux termes de cet article, les actions nominatives pouvaient être converties en actions au porteur après avoir été libérées de moitié; cependant les souscripteurs primitifs et ceux à qui les actions avaient pu être cédées avant le versement de moitié restaient tenus au paiement du montant de leurs actions pendant un délai de deux ans, à partir du jour de l'assemblée générale ayant décidé la conversion. Une question importante qu'il s'agissait de résoudre était celle de savoir si le souscripteur qui, au bout de deux ans, pour échapper à l'obligation d'effectuer les versements complémentaires, prétend avoir aliéné ses actions, est tenu de prouver la réalité de l'aliénation, ou s'il lui suffit de faire la déclaration d'aliénation, la preuve contraire étant réservée à la société. La Cour d'Aix, par son arrêt du 3 décembre 1888, n'hésite pas à décider que la déclaration de transmission faite par le souscripteur emporte à son profit une *présomption* d'aliénation qui le dispense de toute preuve. Il n'est pas douteux, dans ce cas, que la Cour d'Aix a ainsi établi en faveur du souscripteur une présomption qu'aucune loi spéciale n'attache à la déclaration de transmission et qu'en rendant cette décision elle a contrevenu à la règle de l'article 1350 du Code civil. Nous devons ajouter toutefois que cet arrêt est resté isolé en la matière et que, d'autre part, la disposition de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 ayant été complètement modifiée par les lois postérieures, la

solution donnée par la Cour d'Aix n'offre plus qu'un intérêt rétrospectif.

Enfin, la prétention de la jurisprudence d'établir de sa propre autorité des présomptions légales en dehors d'un texte spécial est encore bien moins douteuse dans les espèces suivantes où la Cour de cassation a violé manifestement les principes posés par les articles 1350 et 1351 du Code civil. Primus, qui n'est pas en possession, revendique un immeuble contre Secundus qui n'est pas, non plus, en possession; il obtient un jugement et quand il veut l'exécuter, il s'adresse à Tertius qui est en possession et le somme de délaisser. Ce dernier résiste et attend que Primus fasse la preuve de sa propriété. Primus produit alors le jugement qu'il a obtenu dans son instance contre Secundus et prétend y trouver la preuve de son droit de propriété. La Cour de cassation a admis ce système par quelques décisions de la Chambre des requêtes et de la Chambre civile. Les considérants du premier arrêt de principe rendu sur cette question par la Cour suprême sont les suivants :

« Attendu en droit que, la propriété étant un droit
« réel, l'arrêt qui déclare un individu propriétaire
« *équivaut nécessairement à un titre susceptible, com-*
« *me tout autre titre, d'être opposé à tous* par celui
« qui l'a obtenu; — que, sans doute, l'autorité de la
« chose jugée étant limitée par l'article 1351 du Code
« civil aux seules parties en cause, un tel arrêt ne
« saurait être opposé aux tiers avec le caractère de
« la chose jugée; mais qu'il n'en est pas moins un

« titre et que les tiers contre lesquels il est invoqué,
« s'ils peuvent l'attaquer au moyen de la tierce oppo-
« sition, ou même directement, ne peuvent du moins
« détruire la preuve qui en résulte qu'à la charge *de*
« *faire la preuve contraire* et d'établir à leur profit,
« soit un droit de propriété préférable, soit une pos-
« session antérieure légalement acquisitive » (1). Dans
un arrêt de quelques jours plus ancien (22 mai 1865,
S. 65.1.359), la Cour de cassation avait déjà fait pré-
voir cette solution. Par trois arrêts postérieurs (13 juil-
let 1870, S. 70.1.397; 2 juillet 1872 et 20 juin 1874,
S. 74.1.373), elle confirmait son système qui est, en
résumé, le suivant : la décision intervenue entre Pri-
mus et Secundus n'a pas, à l'encontre de Tertius, force
de chose jugée; elle ne constitue pas plus une présomp-
tion excluant toute preuve contraire, mais elle est une
présomption en faveur de Primus, présomption que
Tertius devra combattre par la preuve contraire. La
Cour suprême justifie son opinion en soutenant, d'une
part, qu'un jugement est un contrat judiciaire dont
l'effet est semblable à celui d'une convention et oppo-
sable aux tiers conformément à l'article 711 du Code
civil; et, d'autre part, que la tierce-opposition n'aurait
pas de raison d'être si la chose jugée n'était pas dans
une certaine mesure opposable aux tiers. On peut ré-
pondre, avec beaucoup de raison, croyons-nous, que le
premier argument contient une confusion des actes
translatifs, comme les titres de propriété, avec les actes

(1) Cass., 27 déc. 1865, S. 1866.1.205.

déclaratifs, comme les jugements; et que le deuxième est très discutable puisque « c'est précisément quand le jugement ne lui est pas opposé, que le tiers peut et doit employer la voie de la tierce-opposition » (1), ainsi que l'explique un arrêt très fortement motivé de la Cour de Lyon (2). Quoiqu'il en soit, on ne doit pas moins en conclure que la Cour de cassation, qui viole dans ces arrêts les disposition des articles 711 et 1351 du Code civil et l'esprit de la vieille maxime : *Res inter alios acta...*, contrevient formellement à la prohibition de l'article 1350 en établissant une présomption légale en dehors d'un texte de loi. Depuis la date des derniers arrêts que nous indiquons, elle n'est pas, à notre connaissance, revenue sur sa jurisprudence qui n'est rien moins, comme dit M. Guyho, « que le renversement des principes les plus respectables et jusqu'ici les plus respectés. »

Néanmoins et abstraction faite de ces quelques divergences de doctrine et de jurisprudence sur lesquelles nous venons de nous expliquer, on peut conclure que le principe posé par l'article 1350 reste entier, et que nulle présomption légale ne saurait exister en l'absence d'une loi spéciale.

2° *Effet et force probante des présomptions légales.*

Les effets des présomptions légales sont déterminés par l'article 1352 § 1. Aux termes de cette disposition,

(1) V. sur cette théorie le travail de M. Guyho dans la *Revue Critique*, année 1872, tome 34.

(2) Cour de Lyon, 24 déc. 1860, J. du P. 1862, p. 1154.

« la présomption légale dispense de toute preuve celui qui peut l'invoquer ». La loi tire des conséquences de l'existence de tels faits ou de telles circonstances; celui qui invoque la présomption n'a rien à démontrer puisque la loi supplée à cette démonstration. Ainsi, l'article 911 du Code civil édicte une présomption d'interposition contre le père, la mère, les enfants, les descendants et l'époux de l'incapable. L'héritier qui attaque la donation faite à l'un de ces parents de l'incapable n'a pas à prouver qu'en réalité le donateur a véritablement stipulé dans l'intérêt de l'incapable; de cette circonstance que le donataire est parent de l'incapable au degré prévu, la loi conclut qu'il y a interposition de personne et la preuve est ainsi faite. Mais il résulte précisément de la définition même de la présomption que si bien celui qui s'en sert n'a qu'à se prévaloir de l'existence de certains faits ou de certaines conséquences, du moins faut-il encore que l'existence de ces faits ou de ces circonstances soit certaine. Il est nécessaire que ces faits, auxquels la loi attache une conséquence légale, existent juridiquement, c'est-à-dire qu'ils soient prouvés par celui qui a intérêt à le faire. La partie qui voudra bénéficier d'une présomption légale devra donc justifier que les conditions exigées par la loi sont bien réunies dans le cas présent. Pour reprendre notre exemple, l'héritier attaquant la donation faite à un incapable par personne interposée devra prouver que le donataire apparent est bien le parent de l'incapable au degré indiqué par l'article 911 du Code civil. Il suffira à l'adversaire, pour obliger

l'héritier à faire cette preuve, de dénier au donataire apparent sa qualité. L'adversaire n'a rien à prouver : la charge de la preuve incombe uniquement à la partie qui demande à bénéficier de la disposition légale.

Dans tous les cas, d'ailleurs, la preuve contraire, conformément au droit commun, est réservée au défendeur qui pourra combattre l'admission de la présomption en démontrant que les faits auxquels est attachée cette présomption n'existent pas (1). Et il ne faut voir dans ce droit réservé au défendeur que l'application du droit commun et non, comme l'enseignait Toullier, la violation de la règle aux termes de laquelle certaines présomptions légales n'admettent pas la preuve contraire. Le défendeur qui fait une pareille preuve dans le cas où il s'agit d'une présomption légale absolue, n'attaque pas, par voie indirecte, cette présomption : il conteste son existence. Autre chose est de combattre la valeur d'une présomption et le bien fondé de l'induction sur laquelle elle est basée, et autre chose de prétendre que cette présomption n'existe pas en raison de l'absence d'un des éléments auxquels elle est rattachée. Dans le premier cas, on attaque la présomption : dans le second cas, loin de l'attaquer même indirectement, on la reconnaît en essayant de l'éluder, comme le fait judicieusement remarquer Duranton.

L'effet des présomptions légales est donc de suppléer à toute preuve : la présomption est une preuve légale résultant de certaines circonstances qu'il suffit

(1) Cass., 14 janvier 1851, S. 52.1.638.

d'invoquer. Mais quelle va être la force de cette preuve? Sera-t-elle, come toute preuve, soumise à la preuve contraire ou sera-t-elle considérée comme absolument inattaquable? L'article 1352 § 2 qui détermine la force probante des présomptions, reproduit l'esprit, sinon la lettre, de la distinction admise par les docteurs entre les présomptions *juris et de jure* et les présomptions *juris tantum*. Cette terminologie (1), qu'aucun des glossateurs n'a jamais pu expliquer d'une façon claire et qui a cependant été conservée par tradition, indique que parmi les présomptions légales, les unes excluent la preuve contraire, les autres l'admettent. Mais quelles présomptions sont absolues? Quelles présomptions admettent la preuve contraire? Quel est le criterium qui permettra de distinguer les unes des autres? Voilà surtout ce qu'il est important d'établir : il est indispensable que le juge devant qui une présomption est soulevée ne l'accepte que pour sa juste valeur; il est surtout nécessaire que la distinction entre ces deux sortes de présomptions soit absolument nette, de crainte que le juge n'apprécie arbitrairement la valeur de la présomption derrière laquelle s'abrite l'une des parties.

(1) Toullier reproche à cette formule inélégante d'être une locution barbare que les docteurs n'ont jamais pu expliquer d'une façon satisfaisante. M. Bonnier la critique également et propose d'adopter la langue des jurisconsultes anglais qui distinguent les présomptions *péremptoires* et les présomptions *discutables* (*conclusive, disputable*).

Cette terminologie nous paraît préférable parce qu'elle est plus intelligible; nous l'emploierons à l'avenir, sous réserve des observations que nous y ferons dans la suite.

Sur ce point, la doctrine ancienne est très obscure. On n'y rencontre qu'incertitude, discussions, controverses, entraînant, par voie de conséquences, le plus grand arbitraire dans la jurisprudence. L'article 1352 a tenté d'établir ce critérium nécessaire; l'effort du législateur marque un progrès certain sur l'ancien droit, mais il n'a pas atteint complètement le but qu'il se proposait. La rédaction de l'article 1352 demeure, en dépit des interprétations dont elle a été l'objet, l'une des plus obscures du Code civil; et la distinction entre les deux espèces de présomptions légales est loin d'apparaître avec la précision d'où résulterait, pour les parties, une garantie nécessaire contre l'appréciation arbitraire des juges.

De la rédaction même de l'article 1352 et du caractère prohibitif du paragraphe deux, il résulte qu'en général la preuve contraire est admise pour combattre la présomption légale. *Toute présomption qui n'a pas les caractères exigés par l'article 1352 § 2 est donc susceptible d'être attaquée par la preuve contraire*: la présomption *discutable* est la règle. D'autre part, celles auxquelles se réfère le paragraphe 2 de l'article 1352 sont des présomptions *péremptoires*. Et il nous semble utile d'insister sur la classification des différentes présomptions telle que permet de l'établir le deuxième alinéa de l'article 1352, duquel on doit rapprocher les textes auxquels *in fine* cette disposition fait allusion.

L'article 1352 et les textes dont nous venons de parler distinguent, en effet, ou permettent de distinguer, à côté des présomptions *discutables* (juris tan-

tum), plusieurs sortes de présomptions *absolues*. Mais il convient, avant d'aborder cette classification, de donner des définitions aussi claires que le permet la rédaction des textes législatifs. Les présomptions *absolues* (*juris et de jure*) sont *celles sur le fondement desquelles la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice*. Les autres sont les présomptions *discutables*. Ceci posé, on constate que le législateur a institué plusieurs sortes de présomptions *absolues*.

- 1° Celles qui n'admettent aucune preuve contraire et auxquelles on peut réserver le qualificatif de *péremptoire* au sens littéral et étymologique du mot ;
- 2° Celles contre lesquelles la loi *a réservé la preuve contraire, mais seulement dans certains cas déterminés* et à l'aide de *moyens de preuve spécialement indiqués* par la loi elle-même ;
- 3° Celles contre lesquelles la loi a réservé la preuve contraire, *cette preuve pouvant être faite d'après l'un quelconque des modes de preuve* existant dans notre législation.

De sorte qu'il faut se garder de commettre la confusion qu'occasionne l'emploi du langage des glossateurs et de leur division en présomptions *juris tantum* et présomptions *juris et de jure*, et aussi l'usage de définitions défectueuses données à chacune de ces espèces de présomptions. Et si nous voulons remplacer cette terminologie archaïque, prenons soin d'éviter la pétition de principe qui consisterait à dire : « Les présomptions légales se divisent en présomptions *discu-*

tables et présomptions *absolues* : les premières sont celles qui admettent la preuve contraire, les secondes celles qui ne l'admettent point ». La vérité est que le Code civil distingue entre *les présomptions absolues qui sont celles sur le fondement desquelles la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice*, et les *autres* que l'on peut appeler *discutables*; que si bien toutes les présomptions *discutables* admettent la preuve contraire, il serait inexact de dire qu'aucune présomption absolue ne peut être combattue par la preuve contraire; que l'on ne doit pas confondre l'effet avec la cause et qu'au lieu de dire : telle présomption est absolue parce qu'elle n'admet pas la preuve contraire, il convient d'enseigner que telle présomption est absolue parce qu'elle réunit les conditions de l'article 1352 § 2 et que, si elle n'admet pas la preuve contraire, il ne faut voir là qu'une conséquence, non nécessaire d'ailleurs, de sa nature. En d'autres termes, une présomption n'est pas absolue ou discutable suivant qu'elle admet ou non la preuve contraire; nous estimons que l'école n'aurait qu'à y gagner en clarté à rejeter la terminologie des docteurs du Moyen-Age, et à accepter la langue des jurisconsultes anglais, légèrement modifiée; nous pensons que la division en présomptions *discutables* et présomptions *absolues* est parfaitement acceptable si l'on prend soin d'indiquer que les présomptions *absolues* se subdivisent en présomptions *péremptoires*, c'est-à-dire n'admettant aucune preuve contraire, et présomptions *non péremptoires*, c'est-à-dire susceptibles d'être combattues soit par un mode de preuve dé-

terminé, soit par l'un quelconque des moyens admis par nos lois.

A. — *Présomptions discutables*

Les présomptions discutables sont toutes celles qui n'ont pas pour *objet direct* de fonder soit l'annulation de certains actes, soit la dénégation d'une action en justice. Elles ne sont qu'une « interprétation de volonté ou une explication de faits qui n'a évidemment de valeur qu'autant que le contraire n'apparaît pas ».

Cette preuve contraire, qui est ainsi possible contre toutes les présomptions discutables, peut être faite conformément au droit commun et, en l'absence de toute prohibition, par tous les modes de preuve admis par la législation, même par témoins et par les présomptions de l'homme autorisées par la loi (1).

La disposition de l'article 2279 est un exemple de présomption discutable : le possesseur est présumé propriétaire, s'il n'y a preuve contraire. De même, le déposant est présumé s'être réservé, au moment du dépôt, la faculté de reprendre l'objet du dépôt ; le dépositaire peut cependant faire la preuve contraire. Dans ces deux exemples, les textes législatifs qui s'y rapportent (art. 2279 et 1937 du Code civil) ne réservent pas la preuve contraire ; cette réserve expresse n'est pas nécessaire et elle constitue une précaution superflue de la part du législateur qui semble vouloir lever, par cer-

(1) Nîmes, 22 mai 1819, S. chr ; — Cass., 25 fév. 1846, D. 46.1.98.

taines dispositions (art. 2234 du Code civil), une prohibition qui n'existe pas.

B. — *Présomptions absolues péremptoires*

Les présomptions absolues ont pour objet *direct et immédiat* de fonder soit l'annulation d'un acte soit la dénégation d'une action en justice. Il est bien certain, comme quelques auteurs l'ont fait remarquer, que toutes les présomptions aboutissent plus ou moins directement à l'un ou à l'autre de ces deux résultats; mais on ne peut conclure de là que toutes les présomptions soit absolues; pour être absolue une présomption doit avoir pour effet direct et immédiat d'annuler un acte ou de refuser une action en justice.

La règle, en matière de présomptions absolues, est que la preuve contraire n'est pas admissible; le législateur a entendu, pour prévenir toute fraude, annuler certains actes et dénier certaines actions en justice; il a raisonné *de eo quod plerumque fit*. Il n'admet pas qu'on puisse, en prouvant l'absence de fraude, écarter cette présomption.

Ces présomptions, dont le nombre est par là même très limité, sont celles qui ont pour objet :

Les unes d'entraîner l'annulation d'un acte : les actes qui sont ainsi déclarés nuls en vertu de cette présomption sont ceux dont parle l'article 1350, § 1. Nous renvoyons sur ce point à ce que nous avons dit lorsque nous avons étudié avec l'article 1350 les principales présomptions légales qui y sont énumérées. Il faut, cependant, ajouter une présomption d'ordre plus

général, aux termes de laquelle les actes faits par les mineurs sont réputés nuls, en raison de leur incapacité; la partie qui a traité avec le mineur serait irrecevable à prouver que le mineur était capable de contracter en pleine connaissance de cause.

Les autres d'entraîner un refus d'action : ce sont, par exemple, la présomption de l'article 1965 du Code civil qui refuse toute action en justice pour une dette de jeu ou pour le règlement d'un pari; le demandeur ne peut pas être admis à prouver qu'il a joué avec loyauté et que sa créance est de bon aloi. Certains auteurs (1) voient dans les prescriptions libératoires une présomption inattaquable par la preuve contraire; cette opinion a, à notre avis, le défaut d'être trop générale et nous estimons que, si bien elle est fondée pour la prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil, est elle inexacte en ce qui concerne les prescriptions libératoires *brevi temporis* des articles 2271 à 2274 du Code civil. Nous allons d'ailleurs retrouver la question. Enfin, il faut classer sous cette rubrique la présomption sur laquelle repose la prescription acquisitive; ce n'est pas à dire, comme le fait remarquer Demolombe, que dans tous les cas que nous venons d'énumérer, le demandeur ne puisse intenter une action en justice; il le peut certes parfaitement, mais son action tombera aussitôt par le fait de l'exception pé-

(1) Dalloz, *Jurisprudence Générale*, v^o Obligations, n^o 5001.

remptoire que soulèvera le défendeur en invoquant une présomption absolue irréfragable.

C. — *Présomptions absolues non péremptoires*

En indiquant la règle générale en matière de présomptions absolues, le législateur a formulé des réserves: «... à moins que la loi n'ait réservé la preuve contraire », dit l'article 1352. Les textes auxquels cet article fait allusion réservent parfois, en effet, la preuve contraire, soit que cette preuve contraire soit aussi large que possible, soit qu'elle soit soumise à des conditions particulières et qu'elle ne puisse être administrée que dans des cas déterminés ou à l'aide des moyens de preuve spécialement désignés.

La preuve contraire est réservée, mais sous certaines conditions, dans le cas de la présomption de l'article 312 : le père présumé pourra échapper à la règle *pater is est...*, mais à la condition de prouver soit l'impossibilité physique de cohabiter pendant le temps qui a couru du trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance, soit le recel, le tout conformément aux articles 312 et suivants. De même, les présomptions de mitoyenneté des articles 653, 654 et suivants peuvent être combattues par la preuve contraire, mais cette preuve ne résultera que de la présence dans les clôtures mitoyennes de telles et telles particularités. De même, sous les régimes de communauté conventionnelle, le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis est présumé acquêt, à moins qu'un inventaire ou un état en bonne forme ne fournisse la

preuve contraire. Ainsi encore, la partie à laquelle est opposée une prescription libératoire *brevis temporis* ne détruira la présomption qui en résulte qu'à l'aide du serment; elle ne pourra demander la comparution personnelle de son adversaire pas plus que son interrogatoire sur faits et articles ou tout autre mode de preuve (1). Enfin, la prescription de cinq ans de l'article 189 du Code de commerce ne pourra être combattue que par la preuve résultant d'une condamnation, d'une reconnaissance par acte séparé ou de la délation du serment.

La preuve contraire est réservée sans conditions, dans un nombre beaucoup plus restreint de cas. On trouve un exemple de présomption absolue, *déniant une action en justice et admettant la preuve contraire*, dans l'article 1283 du Code civil : la remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la libération du débiteur, mais la partie à laquelle cette présomption est opposée peut la combattre par tous les modes de preuve notamment par témoins si la somme est inférieure à 150 francs et prouver que, par exemple, la remise du titre a eu lieu à titre de dépôt nécessaire. De même, la présomption de propriété résultant pour l'Administration de l'Enregistrement, de la disposition de l'ar

(1) Cass., 31 juillet 1899, D. 1899.1.521 et la note ; — Cass., 22 juillet 1853, S. 1853.1.705 ; 7 nov. 1860, S. 61.1.303 ; 28 nov. 1876, S. 77.1.101 ; — 17 mai 1904, S. 1904.1.328 ; — Trib. civ. de Vienne, 21 mai 1909, affaire Blanc. — V. dans ce sens Baudry-Lacantinerie et Tissier, *v° Prescription*, n° 748 ; Garsonnet, t. 2, p. 627, etc.

tielle 12 de la loi du 22 frimaire an VII, est aussi susceptible d'être combattue par la preuve contraire.

Telle est la force probante des différentes présomptions légales sur la classification desquelles nous avons cru bon d'insister. Il nous reste cependant encore deux observations à présenter.

En ce qui concerne les présomptions absolues dont l'effet est *d'annuler un acte*, la grande majorité des auteurs estime que l'on ne trouve pas d'exemple dans la législation française, de présomption de cette nature susceptible d'être combattue par une preuve contraire. Demolombe enseigne que l'article 1325, qui contient une présomption entraînant l'annulation d'un acte, est susceptible d'être combattu par la preuve contraire résultant de l'exécution de la convention. Il nous semble que cet auteur confond ici preuve contraire avec ratification et que la déchéance du droit de soulever une nullité est autre chose que la possibilité de combattre cette nullité au moyen de la preuve contraire.

Enfin, l'article 1352 contient *in fine* une disposition qui a longtemps fait l'objet de vives discussions. Certains auteurs ne voyaient dans ces mots « ...et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaire » qu'une phrase de transition entre la fin d'un chapitre et le commencement d'un autre, sans signification aucune. Aujourd'hui, la question est résolue différemment. Les auteurs admettent généralement que cette phrase constitue une deuxième restriction à l'inadmissibilité de la preuve contraire. Les présomptions de l'article 1352 ne peuvent être combattues par la preuve

contraire, sauf 1° le cas où la loi a réservé la preuve contraire; 2° et même, lorsque la loi n'a pas réservé cette preuve, le cas où la preuve contraire résulte du serment et de l'aveu. Il est vrai que, dans certains cas, l'aveu ou le serment ne peuvent détruire une présomption absolue; cela arrive dans les cas de présomption basée sur l'ordre public, mais la raison en est que l'aveu et le serment sont inadmissibles contre une présomption basée sur l'ordre public : il ne faut pas voir dans cette particularité une objection contre l'opinion des auteurs modernes; le sens qu'ils donnent à cette phrase n'est point trop général et si son application subit des restrictions, il faut en chercher la cause dans la nature même de l'aveu et du serment et dans la nécessité de faire respecter l'intérêt public.

La doctrine et la jurisprudence ont fait une application de cette théorie actuellement admise dans le cas de l'article 1908. Aux termes de cet article, la quittance du capital donnée sans réserves des intérêts, en fait présumer le paiement et en opère la libération. Des controverses se sont élevées sur le point de savoir si la présomption de l'article 1908 était ou non une présomption absolue. Certains auteurs, notamment Duranton et M. Guillouard, estiment que cette présomption est susceptible d'être combattue par la preuve contraire. La majorité de la doctrine enseigne, au contraire, avec raison que cette présomption qui entraîne un refus d'action en justice est une présomption absolue de l'article 1352 § 2. Mais il a été admis d'une façon unanime que, quelle que soit la solution que l'on adopte, la

présomption de l'article 1908 pouvait être combattue par l'aveu et le serment; et la jurisprudence de la Cour suprême s'est prononcée en ce sens (affaire Baudet, 13 janvier 1875, D. 75.1.117).

*
* *

§ 2. — *Présomptions simples*

A côté des présomptions légales, le législateur a mis au rang des modes de preuve les présomptions simples appelées aussi présomptions de l'homme, parce qu'en l'absence de toute disposition de la loi, c'est le magistrat qui les établit et apprécie leur efficacité et leur valeur. Elles sont donc aussi nombreuses qu'on peut l'imaginer; les moindres circonstances de fait, les plus petits détails, les coïncidences les plus insignifiantes peuvent permettre au magistrat de conclure; ces circonstances varient avec les espèces; on ne pourrait en établir une liste et à peine peut-on poser une règle générale concernant leurs conditions et leur sphère d'application.

Quelle valeur doit-on attacher aux présomptions simples et quel degré de certitude résulte de ce mode de preuve? Les juriseonsultes anglais — dont l'esprit pratique s'accommode mal de nos discussions qui, pour ne présenter parfois qu'un intérêt purement spéculatif, n'en sont pas moins nécessaires, surtout lorsqu'il s'agit de la recherche de la vérité — pensent que les présomptions présentent un avantage certain sur les preuves directes et notamment sur la preuve testimo-

niale. Les écrits, les témoins, sont des modes de preuve dans lesquels l'industrie de l'homme intervient, et qui sont par suite exposés à subir des altérations; les présomptions, au contraire, disent les jurisconsultes anglais, sont des preuves sûres parce qu'elles naissent des événements et que les faits ne mentent pas. Ce raisonnement par trop simple ne nous paraît pas acceptable tant nous semblent décisives les objections qu'y fait Bonnier. Evidemment, il est inexact de dire que les faits ne mentent pas : tous les jours, en effet, les annales criminelles nous dévoilent les machinations de coupables qui, avec une grande habileté, organisent à l'avance des indices qui vont servir de preuve à leurs mensonges; évidemment on peut dire que la présomption n'engendre entre les indices et la réalité qu'un rapport équivoque, quoique précisément la mission du juge consiste à rejeter tout ce qui peut lui paraître doute et équivoque. Mais il y a encore une autre raison de combattre la théorie anglaise : le plus souvent, les présomptions sont basées sur des témoignages, puisque les faits eux-mêmes, pour exister juridiquement, doivent être prouvés; la base même de la présomption peut donc se trouver altérée comme la preuve testimoniale elle-même. Nous pensons donc que dans l'échelle des moyens d'arriver à la connaissance de la vérité, la présomption, en raison du caractère conjectural qu'elle revêt, n'a droit qu'à une place inférieure à toutes les preuves directes et, notamment, à la preuve testimoniale; et si nous voulons apprécier l'utilité de ce mode de preuve, nous constatons qu'il offre à côté d'un léger

avantage, un inconvénient sérieux. Un avantage, c'est qu'il est facile et conforme au principe de justice, de juger d'après les faits et les circonstances de la cause; un inconvénient, c'est que l'efficacité et la force des présomptions étant soumises à l'arbitraire du juge, les Tribunaux ont sur ce point un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, qui n'est pas toujours une garantie.

Dans notre ancien droit, l'usage comme preuve des présomptions simples semble ne pas avoir fait l'objet de dispositions spéciales ou précises. On ne trouve pas, à vrai dire, de théorie des présomptions. Certains auteurs nous apprennent que la preuve par présomption doit être employée dans les cas seulement où la preuve testimoniale est valable et aux mêmes conditions que cette dernière. Pothier enseigne que les présomptions simples ne peuvent pas servir de preuves, mais seulement « confirmer et compléter la preuve qui résulte d'ailleurs » et constituer ce que nous appelons des adminicules de preuve. D'autre part enfin, l'ordonnance de Moulins n'exclut pas dans ses termes la preuve par présomption, mais elle paraît le faire par l'esprit de son texte en exigeant des preuves le caractère de fixité qui fait particulièrement défaut aux présomptions. S'inspirant de cette considération, la jurisprudence ancienne soumettait l'admission des présomptions à l'existence de conditions déterminées, comme dans l'exemple rapporté par un arrêt de la Cour de cassation du 11 novembre 1806 (S. chr.).

Le législateur du Code civil a mis fin à ces contro-

verses en réglementant par l'article 1353 les conditions que doivent réunir les présomptions pour être admissibles comme moyens de preuve.

Ces conditions sont au nombre de deux, l'une de fait, l'autre de droit. La condition de fait est que les présomptions doivent être *graves, précises et concordantes*; la condition de droit ne permet de se servir des présomptions que dans *les cas où la preuve testimoniale est admissible*.

Et d'abord, les présomptions doivent être *graves, précises et concordantes*. Graves, c'est-à-dire de nature à faire impression sur un homme raisonnable; précises, c'est-à-dire se rapportant exactement et directement au fait litigieux; et enfin, concordantes, c'est-à-dire corroborées les unes par les autres. Toullier concluait, de la nécessité pour les présomptions d'être concordantes, à l'impossibilité pour le magistrat de prendre en considération une seule présomption; et cette règle était confirmée à ses yeux par l'existence de la maxime *testis unus testis nullus* que l'on devait appliquer aux présomptions, puisque la preuve par présomption était assimilée à la preuve par témoins. Cette opinion ne saurait être soutenue aujourd'hui; car d'abord les témoignages ne se comptent plus; ils se pèsent et dans notre législation où un seul témoignage est admissible, il est logique de dire qu'une seule présomption peut servir de preuve. Et puis, peut-on soutenir que le législateur n'ait attaché une valeur qu'à la pluralité de présomptions, alors qu'il est constant qu'une réunion de présomptions peut être inefficace à

prouver un fait, tandis qu'une seule peut suffire à constituer cette preuve ? Non, évidemment. Le législateur n'a pas voulu fixer au magistrat une règle impérative, il a inséré les expressions de l'article 1353 comme des indications et a voulu dire que les présomptions ne devraient être prises en considération que lorsqu'elles produisaient chez le juge une intime conviction. Et par suite, c'est au juge seul qu'il appartient d'apprécier la valeur des présomptions qui lui sont soumises; on ne peut fixer sur ce point les caractères généraux auxquels il s'attachera pour juger de la valeur de la présomption: il décide en vertu d'un pouvoir souverain d'appréciation. C'est ainsi que les Tribunaux ont d'abord à rechercher les présomptions qui peuvent résulter des circonstances de la cause, et même des circonstances en dehors de la cause, tellement est vaste le pouvoir d'investigation du magistrat. La jurisprudence décide, en effet, que le juge peut puiser les éléments de leur conviction dans des instances antérieures engagées entre les parties et même dans des actes étrangers aux parties en cause, et que si bien la règle *res inter alios acta...* met obstacle à ce que les effets des conventions soient opposés à des tiers, du moins elle ne s'oppose pas à ce que l'on cherche dans une telle convention la preuve d'un acte ou d'un fait quelconque (1). De sorte que l'appréciation de la preuve est entièrement abandonnée à la conscience du juge,

(1) Cour de Cass. de Belgique, 27 juillet 1836, *Pasicrisie*, 1836.1.291 ; — 28 avril 1842, *Pas.*, 1842.1.365.

qui peut la faire résulter des éléments puisés dans une procédure criminelle, « aucune loi ne le lui interdisant ». C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans plusieurs arrêts desquels il découle que le magistrat peut tirer les présomptions des documents d'une procédure criminelle suivie à l'occasion du fait même qui donne lieu à la demande, et même d'une procédure criminelle qui se serait terminée par une ordonnance de non lieu (1). La Cour de Nancy a donné un autre exemple du pouvoir d'appréciation des juges en décidant que des présomptions tirées d'une sentence disciplinaire rendue contre un officier ministériel pouvaient servir de base à une action en dommages-intérêts (10 mai 1873, D. 74.2.232).

Lorsque l'existence de ces présomptions est une fois établie, c'est encore aux Tribunaux qu'il appartient d'apprécier d'une manière souveraine quelle est la valeur de ces présomptions. Il s'agit ici d'une question de fait que les Tribunaux tranchent d'une façon définitive sans que leur décision sur ce point soit soumise au contrôle de la Cour de cassation. La Cour suprême s'est prononcée en ce sens dans de nombreux arrêts dont l'un des plus récents décide que « les juges du fond apprécient souverainement la question de savoir si les présomptions, dans le cas où elles sont admises, sont graves, précises et concordantes » (2 mai 1900, D. 1900.1.363).

(1) Cass., 31 janvier 1859, D. 1859.1.439 ; — 2 mai 1864, D. 64.1.266 ; — 22 févr. 1876.

En résumé, les présomptions doivent, pour servir de preuve, remplir une condition de fait qui est d'être graves, précises et concordantes : c'est le juge du fond qui statue souverainement sur l'existence et sur la valeur des présomptions.

Mais, et c'est là la deuxième condition à laquelle est subordonné l'usage des présomptions comme mode de preuve, les présomptions ne peuvent servir de preuve que dans le cas où la preuve testimoniale est admissible. La force probante des présomptions n'est pas très considérable quoiqu'en disent les jurisconsultes anglais, puisque, d'une part, les faits sur lesquels les présomptions sont basées peuvent avoir été ou altérés ou mal rapportés, et que, d'autre part, le raisonnement qui nous fait conclure de ce qui est connu à ce qui ne l'est pas, peut être vicié. Le législateur ne pouvait donc pas accepter la preuve par présomption dans des cas où la preuve testimoniale, dont la valeur comme mode de preuve est au moins aussi grande, n'était pas admise. Des discussions se sont élevées sur le point de savoir quel sens il fallait attribuer aux derniers mots de l'article 1353 : «... à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. » Des explications compliquées et des distinctions subtiles ont été proposées; elles n'offrent plus aujourd'hui aucun intérêt; qu'il nous suffise de constater que, d'après l'unanimité de la doctrine moderne, ces mots constituent une redondance et signifient que les présomptions sont admises lorsqu'il s'agit de prouver la fraude ou le dol, comme d'ailleurs la preuve testimoniale (article 1348 du Code civil).

Cette règle concernant l'inadmissibilité des présomptions en dehors des cas d'application de la preuve testimoniale est une règle de droit. Contrairement à ce que nous venons de dire pour la première condition, les juges du fond n'ont pas, sur ce point, un pouvoir souverain d'appréciation; leur décision est soumise à la censure de la Cour suprême. Cette règle peut être formulée en ces termes : les présomptions sont admises dans tous les cas où est admise la preuve testimoniale; elles ne peuvent être acceptées comme mode de preuve dans les cas où la preuve testimoniale ne serait pas acceptée.

A. — *Inadmissibilité des présomptions simples*

De la règle ainsi posée par l'article 1353 et de sa comparaison avec l'article 1341 du Code civil, il résulte que les présomptions ne peuvent être admises lorsque *la somme ou valeur litigieuse excède cent cinquante francs*.

L'article 1341 prohibe la preuve testimoniale pour toutes « choses » excédant 150 francs; il faut entendre par là que cette prohibition vise non seulement les conventions, mais encore tous les faits juridiques, c'est-à-dire tous les faits qui entraînent *par eux-mêmes* certaines conséquences juridiques. Par contre, les faits purs et simples qui ne produisent par eux-mêmes que des résultats matériels sont toujours susceptibles d'être prouvés par témoins. Il en est de même pour les présomptions. Il sera impossible de prouver par présomption l'existence d'une créance ou l'extinction d'une

dette dépassant 150 francs. Mais, à défaut d'autres preuves, un droit de propriété pourra être prouvé par présomptions (1); la Cour de cassation s'est aussi prononcée en ce sens pour le droit d'usage (2).

Les présomptions ne peuvent pas non plus être admises *contre et outre le contenu aux actes*. Cette prohibition ne concerne que les actes qui ont été dressés dans le but de servir de preuves et non les écrits qui ne sont pas des actes, c'est-à-dire les actes authentiques ou sous seings privés proprements dits, mais non par exemple les papiers domestiques; ni les actes sous seings privés dans les cas où, en vertu des articles 1325 et 1326 du Code civil, leur force probante est diminuée. Les mentions contenues aux actes ne pourront être combattues par les présomptions si elles font partie du dispositif de l'acte ou si elles ont avec ce dispositif un rapport si direct qu'elles fassent pleine foi par elles-mêmes; si elles sont étrangères au dispositif, la preuve par présomption sera admise. La règle que les présomptions ne peuvent être admises contre et outre le contenu aux actes — règle qui a été consacrée par la Cour de cassation (3) — s'applique alors même que la valeur de l'objet de la convention serait inférieure à 150 francs.

(1) Cass., 10 août 1880, S. 81.1.117; — 8 juillet 1886, D. 87.1.304.

(2) Montpellier, 19 déc. 1871, sous Cass., 27 janvier 1872, S. 73.1.27.

(3) Cass., 13 nov. 1867, D. 67.1.445; — 2 juillet 1895, S. 99.1.408.

B.— *Admissibilité des présomptions simples*

Comme les preuves testimoniales et malgré les prohibitions de l'article 1344, dont nous venons de parler, la preuve par présomptions est admise dans tous les cas lorsqu'il existe un *commencement de preuve par écrit*. Dans ce cas on pourra à l'aide de présomptions simples prouver l'existence d'une obligation quel qu'en soit le montant (1), d'une vente, d'une novation, d'un dépôt. De même ce mode de preuve servira à établir la renonciation de la part d'une partie à une convention, ou à prouver que la cause exprimée d'une obligation est une fausse cause (2). Mais certaines solutions n'ont pas été admises par la jurisprudence sans difficultés ; d'autres, quoique admises par la majorité des arrêts sont encore aujourd'hui combattues par une jurisprudence contraire. Ces discussions sont surtout vives en ce qui concerne la preuve des sociétés et la preuve du mandat verbal et du mandat tacite.

En ce qui concerne les sociétés, la question de savoir comment se prouve leur existence, se résoud par une distinction. S'agit-il des associations en participation dont parle les articles 47 et suivants du Code de commerce ? Il n'est pas douteux qu'aux termes de l'article 49 du même Code, ces sortes de sociétés puissent être, suivant l'appréciation du Tribunal, prouvées par tous

(1) Cass., 28 mai 1895, D. 96.1.527 ; — 18 déc. 1895, D. 96.1.134.

(2) Besançon, 13 février 1865, D. 65.2.29,

les moyens, même par présomptions simples et sans que ces présomptions aient besoin d'un commencement de preuve par écrit. S'agit-il des sociétés civiles dont parlent les articles 1832 et suivants du Code civil ? Dans cette hypothèse le mode de la preuve est régi par le droit commun que l'article 1834 ne fait que reproduire : la société civile pourra donc jusqu'à 150 francs être prouvée par témoins ; au delà de 150 francs, son existence devra être prouvée par écrit ou par un commencement de preuve par écrit auquel viendront s'ajouter des témoignages ou des présomptions simples (1). S'agit-il enfin des sociétés commerciales ? C'est à propos de ces sociétés qu'ont eu lieu de vives controverses en doctrine et en jurisprudence. Une première opinion, s'appuyant sur la lettre de l'article 39 du Code de commerce, décidait qu'une société commerciale devait être constatée par écrit et qu'aucune autre espèce de preuve ne pouvait suppléer à celle indiquée par le Code de commerce. Cette opinion réunissait les suffrages d'auteurs considérables, M. Ruben de Couder et M. Houpin notamment (1). D'après un deuxième système, l'écrit n'est exigé qu'au point de vue de la preuve et non pour la validité des sociétés commerciales ; c'est-à-dire qu'une société commerciale non contestée par un écrit, n'en sera pas moins valable mais son exis-

(1) Cass., 17 fév. 1858, S. 58.1.461.

(2) V. en ce sens Paris, 22 janvier 1841, P.1.294 ; Colmar, 23 juin 1857, S. 57.2.198 ; -- Paris, 24 février 1859, D. 60.2.84 ; Toulouse 22 juin 1872, S. 1873.2.169.

tence ne pourra en être prouvé que par l'aveu et le serment, et par la preuve testimoniale ou par présomption dans les cas exceptionnels où il existera un commencement de preuve par écrit. Les partisans de ce système (1) expliquent d'abord que cette théorie est celle de l'ancien droit — ce qui n'est guère probant, à notre avis —, mais surtout qu'il est inadmissible que dans l'état de nos institutions la législation commerciale étant moins formaliste et moins sévère que la législation civile, on veuille faire du contrat de société un contrat solennel lorsque la société sera commerciale, alors qu'il ne le sera pas lorsque la société sera civile (art. 1834 C. c). Nous estimons que cet argument est décisif : il a d'ailleurs convaincu les Tribunaux, et la Cour Suprême qui ont jugé que les présomptions sont admissibles pour prouver l'existence d'une société commerciale lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, et — comme corollaire de ce principe — que la preuve par présomptions appuyée sur un commencement de preuve par écrit est admise contre et outre le contenu aux actes (2).

facite doit être faite conformément aux principes généraux, la question s'est posée de savoir si la preuve d'un mandat verbal ou tacite donné à un notaire doit être faite suivant les règles ordinaires ou si la preuve

(1) Lyon, Caen et Renault, Boistel, Labbé, Massé, Rousseau, etc.

(2) Cour de Paris, 26 janvier 1883, sous Cass., 4 nov. 1885, S. 1888.1.365.

par présomptions peut être admise quel que soit l'intérêt engagé. Pendant longtemps les Tribunaux et la Cour de cassation elle-même ont hésité entre deux jurisprudences contradictoires. Dans un premier système on décidait que la preuve d'un mandat verbal ou tacite pouvait être faite, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, par simples présomptions, quelque soit l'intérêt engagé ; il ne s'agit pas ici, disaient les partisans de cette doctrine, de prouver l'existence d'un contrat et de rechercher un accord de volontés, mais de constater seulement l'existence des faits d'où découlent cet accord de volontés ; si l'on admet pas que l'existence de ces faits puisse être prouvée par simple présomptions et par témoins, on raye par là même du Code civil la théorie du mandat tacite, dont il deviendra impossible de rapporter un commencement de preuve par écrit (1). Mais, répondaient les adversaires de cette théorie, la preuve du mandat verbal ou tacite doit être faite conformément aux principes généraux ; c'est la règle posée par l'article 1985 du Code civil. Or, la règle générale est que la preuve par témoins et par présomptions ne peut être reçue que pour une somme inférieure à 150 francs ; au delà de cette somme, les présomptions ne sont admissibles qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit. Cette opinion, qui est celle d'auteurs considérables, a été aussi

(1) Cass. 14 fév. 1855, S. 55.1.171 ; — 18 août 1873, S. 74.1.160 ; — 15 déc. 1874, S. 75.1.212 ; — 28 avril 1875, S. 76.1.403 ; — 18 janv. 1892, S. 92.1.255.

admise par la Cour de cassation ; il semble bien que c'est cette théorie que les arrêts les plus récents ont adoptée (1).

En résumé donc la preuve par présomptions est admise dans tous les cas où il existe un commencement de preuve par écrit ; mais les dispositions du Code civil sur ce point ne sont pas d'ordre public et le moyen tiré de ce que la preuve par présomptions a été admise au-dessus de 150 francs ne pourrait être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation : c'est la règle qui résulte de deux arrêts de la Cour suprême du 17 décembre 1900 et du 7 juin 1901 (D. 1901.1.76 et 397).

Les présomptions simples sont encore admises dans les cas de l'article 1348 du Code civil, c'est-à-dire dans le cas où *il a été impossible au créancier de se procurer une preuve écrite*. Comme la preuve testimoniale, la preuve par présomptions servira à prouver l'existence d'obligations nées des délits ou des quasi-délits ou des quasi-contrats ; les obligations contractées en cas d'accidents imprévus, et enfin les obligations dont la preuve ne sera plus possible parce que le titre d'où elle résultait a été perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant de force majeure.

(1) Cass. 2 juin 1847, D. 1847.1.208 ; — 30 juin 1852, S. 52.1.560 ; — 19 juillet 1854, S. 54.1.603 ; — 22 août 1864, S. 64.1.449 ; — 7 déc. 1868, S. 69.1.163 ; — 1^{er} août 1870, S. 70.1.380 ; — 4 mai 1874, S. 75.1.69 ; — 2 août 1875, S. 75.1.455 ; — 11 juillet 1883, S. 84.1.389 ; — 9 juillet 1890, D. 91.1.381 ; — 7 nov. 1899, D. 99.1.563 ; — 4 nov 1902, S. 1902.1.488 ; — 8 avril 1903, D. 1904.1.541,

Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, l'article 1353 contient dans son dernier paragraphe une disposition inutile puisque le *dol et la fraude*, pouvant toujours être prouvés par témoins, peuvent résulter de présomptions simples. Les présomptions de l'article 1353 seront suffisantes pour faire annuler un acte fait par un débiteur en fraude des droits de ses créanciers; pour faire déclarer entachée de fraude une obligation portant sur une somme détournée d'une succession; pour prouver une dissimulation, un fait de violence, une interposition de personne. Quant à la simulation, il faut distinguer suivant qu'elle est simple ou frauduleuse et suivant que la preuve est faite par les parties qui ont figuré à l'acte simulé ou par les tiers. Supposons que la preuve soit faite par une partie qui a figuré à l'acte : cette partie ne pourra pas prouver par présomption la simulation simple car elle aurait pu s'en ménager une preuve écrite, par exemple en se faisant signer une contre-lettre; s'agit-il d'une simulation frauduleuse, les parties pourront la prouver par présomptions comme la fraude elle-même. Si la preuve doit être faite par un tiers, elle résultera de présomptions simples, que la simulation attaquée soit simple ou frauduleuse.

Enfin, les présomptions simples sont admises en *matières commerciales*, soit dans un litige dont l'intérêt dépasse 150 francs, soit outre et contre le contenu aux actes, puisque le Code de commerce ne reproduit pas la limitation de l'article 1344 du Code civil.

C. — *Effets des présomptions simples*

Les effets des présomptions simples ne sont soumis à aucune règle fixe ; ils sont entièrement subordonnés à l'appréciation du juge du fait. C'est ce qui a été maintes fois reconnu par la Cour de cassation qui reconnaît aux magistrats un pouvoir souverain pour constater l'existence des présomptions et pour en apprécier le caractère probant. Les juges n'ont même pas à spécifier autrement les présomptions tirées par eux des documents produits, puisque leur degré de force échappe au contrôle de la Cour suprême (1).

La prudence sera donc la seule règle qui devra guider le magistrat. Comme elle le fait pour les jurés criminels, la loi ne demande ici au juge qu'une *intime conviction* ; et puisqu'il ne relève que de sa conscience, le juge doit examiner avec la plus grande sagacité la valeur de chaque présomption. Dans notre matière, la justice est ce qu'elle devrait toujours être et ce que de plus en plus elle tend à être, non pas une justice soumise aux règles étroites et strictes du Code civil, mais une justice plus large, assujettie à la seule loi de la logique et du bon sens.

(1) Cass. 19 oct. 1897, D. 97.1.572 ; — 2 mai 1900, D. 1900.1.363 ; — 9 nov. 1898, D. 99.1.103.

CHAPITRE V

Compléments de preuve

Il peut arriver parfois, hâtons-nous d'ajouter que cette éventualité est moins fréquente qu'on pourrait le penser, que les preuves apportées à la barre par les parties n'ont pas complètement convaincu le Tribunal. Elles ont justifié, mais d'une façon incomplète, les prétentions réciproques des plaideurs et n'ont produit dans l'esprit des juges qu'une demi-certitude, soit que le principe même de la demande soit douteux, soit que le fondement en étant démontré, le quantum de la réclamation n'ait pu être établi. Dans ces hypothèses, que devra faire le juge ? Son embarras sera considérable et il ne saura quel parti prendre : ou débouter le demandeur d'une réclamation cependant vraisemblable et en partie justifiée, ou condamner le défendeur en vertu d'un droit sur l'existence duquel quelques doutes peuvent subsister. C'est à ce problème difficile que le législateur a voulu donner une solution en instituant les *compléments de preuve*, qui permettront au magistrat d'acquiescer sur le litige la conviction dont il a besoin

pour prononcer son jugement. Ces compléments de preuve présentent un caractère singulier : le juge en présence, par exemple, de témoignages contradictoires ou de présomptions contraires, fera appel au plaideur lui-même et lui déférera le serment. D'après l'attitude du plaideur, le magistrat décidera. Nous retrouverons plus loin la question de savoir ce que l'on doit penser de ce procédé et quelle valeur on doit attribuer à ces compléments de preuve.

Ces compléments de preuve sont au nombre de deux : le *serment supplétoire* et le *serment in litem*. A la vérité ces deux serments sont supplétoires en ce sens qu'ils constituent un supplément de preuve et que, par là même, ils se distinguent du serment décisoire, mais le premier sert à compléter une preuve insuffisante, tandis que le second ne sert qu'à déterminer le montant d'une obligation dont le principe est certain.

I. — SERMENT SUPPLÉTOIRE

Le serment *supplétoire* ou nécessaire, aux termes de l'article 1366, est celui que le juge défère à l'une des parties pour en faire dépendre la décision de la cause. Son usage a été soumis par le législateur à un certain nombre de conditions; d'autre part, la jurisprudence, par interprétation de la nature et des caractères mêmes du serment supplétoire, a été amenée à en déterminer la sphère d'application.

L'article 1367 ne permet aux Tribunaux de déférer le serment supplétoire que lorsque la demande n'est ni complètement établie ni complètement dénuée de preuve.

§ 1. — *Conditions d'admissibilité*

On comprend aisément que la première condition imposée au juge soit que la demande ne soit pas pleinement justifiée ; la raison d'être du serment supplétoire est le doute qui existe dans l'esprit du magistrat. Si la demande est pleinement justifiée, aucun doute n'est possible et le serment ne peut pas être déféré. Pothier enseignait cependant que les Tribunaux pouvaient déférer le serment supplétoire au demandeur qui avait fourni une preuve complète, sans qu'une telle décision fut contraire à la loi ; le juge agit ainsi pour « assurer davantage sa religion et il ne fait pas grief à la partie, puisqu'il ne lui coûte rien d'affirmer ce qu'elle sait être vrai. » Cette opinion est en opposition absolue avec l'article 1367, cet article ne donnant au juge pouvoir de déférer le serment supplétoire qu'à la charge de respecter la double condition que nous connaissons ; au surplus, si le serment ne « fait pas grief à la partie », il constitue néanmoins une complication de la procédure et oblige le demandeur à subir une mesure d'instruction à l'occasion de laquelle il ne manquera pas d'être suspecté. Le Tribunal qui déférerait le serment dans de telles circonstances commettrait sans aucun doute un excès de pouvoir. Il faut donc qu'il n'existe pas de preuve complète. Mais que faut-il entendre par là et quand dira-t-on que la preuve est complète ? La preuve complète est celle à laquelle la loi attache une force probante irréfragable ou sur la production de laquelle une conviction

naît dans l'esprit du juge. Elle résultera des présomptions légales, d'un écrit authentique, d'un accord sous seing privé; encore faut-il dans ces deux derniers cas que l'acte produit ne soit pas contesté par le défendeur, ou ne soit pas attaqué pour fraude ou simulation: La preuve complète de la demande résultera-t-elle, dans les litiges n'excédant pas 150 francs, de dépositions de témoins ? M. Huc soutient l'affirmative, mais il nous semble que cette solution méconnaît le pouvoir souverain qu'ont les magistrats d'apprécier les dépositions; selon les circonstances, des témoignages pourront faire naître dans l'esprit du juge ou une certitude ou une conviction relative dont il lui importera de trouver la confirmation dans un serment supplétoire. Quoiqu'il en soit et sauf les cas où la loi a, elle-même, déterminé les effets de certaines preuves, il appartient aux Tribunaux d'apprécier si la demande est ou non pleinement justifiée.

D'autre part, la demande n'étant pas pleinement justifiée, il faut cependant qu'elle ne soit pas complètement dénuée de preuve, pour que le juge puisse déférer à l'une des parties le serment supplétoire. Il faut donc que le demandeur ait fait un commencement de preuve. On ne peut pas dire d'une manière générale en quoi consistera ce commencement de preuve; les Tribunaux apprécient dans chaque espèce. Cependant, une règle, dictée par le bon sens et la logique et admise d'une façon unanime, veut que le commencement de preuve du fait sur lequel le serment va être déféré soit de même nature que la preuve à laquelle ce fait est

assujetti, et que le commencement de preuve dont parle l'article 1367 soit régi par les articles 1344, 1347, 1348 et 1353. De sorte que pour savoir quel fait constituera un commencement de preuve, il faut distinguer suivant que le point litigieux est susceptible ou non d'être établi par la preuve testimoniale.

Si le point litigieux n'est pas susceptible d'être établi par témoins, le commencement de preuve dont parle l'article 1367 ne pourra résulter que d'un commencement de preuve par écrit; il est aisé de comprendre qu'il serait difficile d'accepter comme preuve le témoignage intéressé de l'une des parties lorsque la loi rejette les témoignages des personnes étrangères au procès. Par conséquent, dans un litige portant sur une somme supérieure à 150 francs, de simples présomptions ne suffiront pas à justifier la délation du serment supplétoire; la preuve testimoniale, inadmissible dans un tel litige, est inefficace à servir même de commencement de preuve, il en est de même des présomptions (1). De même, un commencement de preuve par écrit est indispensable lorsque le litige, bien qu'inférieur à 150 francs porte sur un acte écrit que l'on attaque. Quant à la question de savoir ce qu'il faut entendre par commencement de preuve par écrit, il nous semblerait superflu de l'étudier ici. De nombreuses controverses se sont élevées sur le point de savoir si les réponses d'une partie dans un interrogatoire sur faits et articles, signées

(1) Cass., 6 juin 1883, S. 83.1.342 ; — 10 fév. 1890, D. 1896.1.351.

ou non, si les aveux des parties au cours de la tentative de conciliation, si de simples déclarations faites à l'audience, constituaient ou non un commencement de preuve par écrit. D'une façon plus générale, on s'est demandé si le commencement de preuve par écrit exigé implicitement par l'article 1367 devait réunir les mêmes caractères que celui de l'article 1347. Laurent estime que, la loi n'ayant pas défini les caractères que devait réunir le commencement de preuve par écrit de l'article 1367, « les juges ont une latitude plus grande pour la délation du serment que pour l'admission de la preuve testimoniale ». Pour notre part, nous ne partageons pas l'opinion de Laurent : le commencement de preuve par écrit est, dans les deux cas, la condition d'admission d'une preuve; il ne saurait en exister plusieurs sortes; l'article 1347 nous en donne une définition précise; nous pensons qu'il faut s'en tenir là. Au surplus, il semble bien que la jurisprudence soit en ce dernier sens, car il n'y a pas, jusqu'à présent du moins, d'exemple de décisions dans lesquelles la théorie de Laurent soit appliquée.

Si le point litigieux est susceptible d'être prouvé par témoins, le commencement de preuve peut ne pas être littéral. Ainsi, dans les litiges concernant une somme moindre que 150 francs, le juge pourra déférer le serment supplétoire si les témoignages qui ont été produits ne lui paraissent pas suffisants ou si les présomptions qui ont été soumises à son appréciation ne lui semblent pas décisives. De même, le juge pourra déférer le serment dans les cas où, l'intérêt du procès étant

supérieur à 150 francs, le demandeur n'a pu se procurer un titre écrit, pourvu qu'il existe un commencement de preuve résultant soit de témoignages soit de présomptions (1); de même encore un tel commencement de preuve suffira en matière commerciale, à condition toutefois que les livres de commerce dont on pourra tirer argument soient tenus d'une façon régulière (2).

En résumé, les preuves dont parle l'article 1367 doivent être des preuves légalement admissibles; sous cette condition, les juges ont un large pouvoir d'appréciation et leur décision échappe à la censure de la Cour de cassation (3). Il suffira que dans le jugement, les Tribunaux constatent que les conditions de l'article 1367 sont remplies.

Nous venons ainsi d'examiner les deux conditions auxquelles l'article 1367 a soumis la délation du serment supplétoire. Mais ces conditions ne sont pas les seules; la jurisprudence et aussi la doctrine ont conçu, de la nature et des caractères du serment supplétoire, à la nécessité d'imposer d'autres conditions. Tout d'abord, il résulte du texte même de l'article 1367 que le serment supplétoire ne peut être déféré que sur une *question de fait* et non sur une question de droit (4);

(1) Cass., 11 juin 1873, D. 73.1.478.

(2) Cass., 10 mai 1892, D. 93.1.486 ; — Rouen, 31 déc. 1897, D. 99.2.344.

(3) Cass. belge, 12 déc. 1861, *J. des Av.* 1862 p. 133.

(4) Cass., fév. 1898, D. 98.1.112.

il s'agit d'ailleurs ici d'une condition commune à tous les serments. D'autre part, le fait sur lequel le serment portera doit être *releverant*, c'est-à-dire de nature, s'il est établi, à former la conviction du juge; mais des controverses existent sur le point de savoir si le fait doit aussi être *décisif*, c'est-à-dire tel que la décision du litige dépende de son existence ou de sa non-existence. Demolombe estime que le fait litigieux peut ne pas être décisif, car, dit cet auteur, le serment supplétoire n'est pas un instrument de décision, mais un instrument d'instruction; d'après l'opinion de ce savant auteur, le serment supplétoire pourrait donc porter, par exemple, sur un fait d'où résulterait une présomption de nature à s'ajouter à d'autres présomptions déjà établies. Mais la jurisprudence ne paraît pas accepter cette solution. Un arrêt assez récent de la Cour de Chambéry décide expressément qu'il résulte des termes des articles 1366 et 1369 du Code civil que le serment supplétoire ne peut être déféré qu'à la condition « qu'il en dépende soit la décision de la cause, soit la détermination du montant de la condamnation encourue » (Cour de Chambéry, 19 mai 1897, D. 97.2.335). Enfin, la question a été controversée de savoir si le serment supplétoire pouvait ou non porter sur un fait *non personnel* à la personne qui le prête.

Une première opinion, que soutient M. Laurent, prétend que le serment supplétoire ne peut pas être déféré sur un fait non personnel à la partie. Il résulte de la nature même du serment que l'on ne peut jurer en conscience que sur un fait personnel; quelle sécurité

trouverait-on dans l'affirmation par une partie d'un fait auquel elle a été complètement étrangère et dont elle n'a qu'une connaissance personnelle ? Quelle imprudence, d'autre part, de témoigner sous la foi du serment d'un fait que l'on ne connaît pas personnellement ! D'autre part, le serment supplétoire est de même nature que le serment décisoire : ce sont tous deux des « appels à la conscience » et les mêmes règles doivent être applicables aux deux sortes de serment. Or, l'article 1359 du Code civil dispose expressément que le serment décisoire ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère ; il doit en être de même pour le serment supplétoire. Une opinion contraire soutenue par la majorité de la doctrine enseigne que si bien le serment supplétoire ne peut être déféré sur un fait complètement étranger, du moins il peut être déféré sur un fait dont la partie a eu une connaissance personnelle, de sorte qu'il existerait un serment supplétoire de crédulité de même qu'il existe un serment décisoire de crédulité (art. 2275 Code civil et 189 Code de commerce). Cette théorie est basée sur ce que le Code civil ne contient pas pour le serment supplétoire de dispositions analogues à celle qu'il a édictée pour le serment décisoire et qui est renfermée dans l'article 1359 du Code civil ; la restriction apportée par l'article 1359 n'existe donc pas en notre matière et il n'est pas possible de créer sans texte une interdiction qui aurait pour effet d'empêcher le juge de s'éclairer et de juger plus sainement. La jurisprudence de la Cour de cassation s'est prononcée dans ce

sens (1) et a décidé que les juges pouvaient déférer le serment supplétoire de crédulité dans les cas prévus par la loi pour le serment décisoire de crédulité. Il n'est pas, à notre connaissance, que les Tribunaux soient allés plus loin dans cette voie ; cependant, ils devraient décider, par une conclusion logique de la théorie de la Cour de cassation, que le serment supplétoire peut être déféré même sur un fait complètement étranger à la partie ; la Cour suprême devra aller jusque là si elle veut tirer toutes les conséquences du principe qu'elle a posé. Nous n'hésitons pas, pour notre part, à rejeter l'opinion de la Cour de cassation. Il est, en effet, conforme à l'esprit de la loi de ne pas créer sans texte une interdiction, surtout quand l'effet de cette interdiction serait d'empêcher le juge de s'éclairer et d'acquiescer une conviction ; mais il n'est pas non plus possible de créer des modes de preuve que la loi ne prévoit pas ; lorsque le législateur a voulu établir un serment décisoire de crédulité, il l'a formellement indiqué ; pourquoi n'aurait-il pas agi ainsi pour le serment supplétoire ? Le serment supplétoire est exceptionnel de sa nature, il ne saurait être étendu à des cas que la loi n'a pas prévus. D'autre part, il faut choisir et prendre parti entre les deux hypothèses suivantes : ou les dispositions du Code civil relatives au serment décisoire sont applicables au serment supplétoire ou elles ne le sont pas. Si l'on veut appliquer au

(1) Cass., 8 déc. 1832, S. 1833.1.113 ; — Cass., 19 nov. 1878, S. 79.1.12 ; — 14 fév. 1898, D. 98.1.112.

serment supplétoire l'article 2275 du Code civil et l'article 189 du Code de commerce, et étendre par analogie la portée de ces articles concernant uniquement le serment décisoire, on doit également admettre que par analogie la règle de l'article 1359 atteint le serment supplétoire ; en d'autres termes, si l'on veut tirer argument des textes et de leur interprétation extensive, il faut accepter l'ensemble de ces textes ; il faut raisonner non seulement d'après les articles 2275 du Code civil et 189 du Code de commerce, mais aussi d'après l'article 1359 du Code civil. Or, cet article édicte une prohibition : cette prohibition qui s'applique aussi bien au serment supplétoire qu'au serment décisoire reçoit une exception en faveur du serment décisoire, exception limitée aux termes des articles 2275 du Code civil et 189 du Code de commerce, mais elle n'en reçoit *aucune* en faveur du serment supplétoire, et nous savons qu'une prohibition doit s'interpréter restrictivement. Pour faire échec à l'article 1359, il faudrait une disposition spéciale, nous n'en avons aucune, dans nos Codes, s'appliquant au serment décisoire. Si on décide au contraire que les textes relatifs au serment décisoire ne sont pas applicables au serment supplétoire, il faut s'en rapporter aux articles 1366 1369 du Code civil. Ces textes ne reconnaissent ni implicitement ni explicitement l'existence d'un serment supplétoire de crédulité ; en l'absence de disposition expresse de la loi, on peut d'autant moins conclure à l'existence d'un tel serment qu'à notre avis le serment déféré à la partie ne doit avoir et n'a, en

réalité, de force probante qu'en raison de ce qu'il porte sur un fait personnel. Au surplus, nous l'avons déjà dit, admettre la théorie de la Cour de cassation conduira logiquement les Tribunaux à accepter le serment de la partie sur des faits qu'il aura pu connaître plus ou moins parfaitement; les juges auront un pouvoir discrétionnaire d'appréciation; le but que s'était proposé le législateur sera dépassé, la nature et la portée du serment seront absolument méconnues.

Enfin, s'il est admis que le serment supplétoire peut être déféré à l'occasion de tous litiges, qu'ils aient lieu en matière personnelle ou réelle, et quelle que soit leur importance, la doctrine et la jurisprudence décident qu'il ne saurait être déféré lorsqu'il s'agit d'une matière intéressant l'ordre public. D'après le mot des anciens jurisconsultes, le serment supplétoire ne saurait être déféré dans les causes « de grande importance », les auteurs entendant par là les causes intéressant l'ordre public, notamment les contestations relatives à l'état des personnes. En pareille matière, toute transaction est, en effet, impossible et on ne saurait admettre que ces litiges puissent être tranchés par la déclaration ou l'aveu d'une partie. Ainsi, on ne peut déférer le serment supplétoire dans les causes de mariage, de séparation de corps, etc.

En résumé, les conditions auxquelles la délation du serment supplétoire est soumise, sont imposées les unes par l'article 1367, les autres par la doctrine et la jurisprudence interprétant l'esprit de la loi. Il faut, d'une part, que la demande sans être complètement justifiée,

ne soit pas cependant complètement dénuée de preuve et, d'autre part, que le point sur lequel le serment va être déféré soit un *fait litigieux, relevant et personnel*, contesté au cours d'un litige où l'*ordre public n'est pas intéressé*.

Le serment supplétoire sera déféré, nous dit l'article 1366, à l'une des parties. Il faut donc que la personne à qui il sera déféré soit partie en cause; et la femme d'une partie ne saurait être admise à prêter le serment supplétoire (1). La doctrine veut voir dans un arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 1842 (S. 42. 1.635), qu'elle considère d'ailleurs comme un arrêt d'espèce, une manifestation de l'opinion contraire. Il nous semble que, loin de violer ce principe, cet arrêt le reconnaît implicitement: en effet, dans le cas prévu, le serment est déféré à un mari qui est appelé dans la cause pour autoriser sa femme héritière sur le point de savoir si, en assistant sa femme à l'inventaire du de ejus, il a trouvé ou non un papier portant une mention libératoire. Dans cette espèce, le mari était parfaitement en cause, et cet arrêt nous semble consacrer la règle de l'article 1366.

Peut-il le déférer aux deux parties à la fois? Non, car cette pratique serait superflue et d'ailleurs contraire aux dispositions de l'article 1366. D'autre part, le résultat d'un pareil procédé serait le plus souvent contraire

(1) Cass., 24 juillet 1865, S. 65.1.405 ; — Chambéry, 14 juillet 1866, D. 66.2.207.

à celui que l'on pourrait en attendre et la perplexité du juge n'en serait pas moins grande en présence de la contradiction qui existerait le plus souvent entre les deux serments. L'une des parties serait parjure, mais laquelle ? L'embarras du magistrat serait considérable et sa seule ressource serait d'imiter ce conseiller du roi dont Boncenne nous rapporte l'aventure. Ce conseiller, suivant une tradition fort en faveur autrefois, déféra le serment aux deux parties en cause ; chacune des parties prêta serment et le conseiller, en présence de ces deux serments contradictoires, résolut de déférer le jugement à la divine Providence. A cet effet, « il prit entre ses doigts deux pailles ou bûchettes et enjoignit aux parties, après tirage au sort de la priorité à tête ou croix, de tirer chacune l'une d'icelles pailles ou bûchettes, ayant préalablement déclaré que celle desdites parties qui tirerait la plus grande des bûchettes gagnerait sa cause. »

Le juge défèrera donc le serment à l'une des parties en cause. La loi ne lui indique pas à laquelle des parties il le défèrera. Il n'y a aucun texte sur ce point et le juge a un pouvoir souverain d'appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation. En général, le serment sera déféré à la partie qui semble mériter le plus de confiance, toutes choses étant égales d'ailleurs. Mais, d'autre part, il semble bien que si les deux parties ne sont pas dans une situation égale, le serment doit être déféré à celle des parties qui a fourni au procès les éléments les plus probants ; si, au contraire, le défendeur apporte autant de preuves que

le demandeur (1), le juge devra déférer le serment au défendeur, car dans ce cas la situation du défendeur est meilleure. Quoiqu'il en soit, ce pouvoir souverain d'appréciation du magistrat n'existe plus lorsque la loi tranche elle-même la question de savoir à qui le serment devra être déféré. C'est ce qui a lieu dans le cas de l'article 17 du Code de commerce. Au cours d'un litige commercial, l'une des parties offre de s'en rapporter aux livres de commerce de son adversaire : si celui-ci refuse de les présenter, le juge pourra déférer le serment supplétoire, mais à l'autre partie seulement. Le pouvoir d'appréciation du juge n'existe plus dans ce cas et le jugement qui déférerait le serment au commerçant qui refuse de produire ses livres, violerait la loi et devrait être réformé par la Cour suprême.

Donc, dans la grande majorité des cas, le juge déférera le serment à celle des parties en laquelle il aura le plus de confiance ; peu importe la capacité juridique de cette partie. A la différence du serment décisoire, le serment supplétoire n'est pas une transaction : il n'est pas nécessaire que la partie à qui il est déféré soit capable de transiger. Le serment supplétoire est un simple moyen d'instruction, un incapable peut valablement le prêter (2).

(1) Nous ne parlons pas ici du cas où les preuves se neutralisent mutuellement ; dans cette hypothèse le juge n'a qu'à débouter purement et simplement le demandeur.

(2) Cour de Paris, 2 mai 1885. S. 89.2.41, et note de M. Labbé. Dans l'espèce le serment supplétoire prêté par un failli a été déclaré parfaitement valable.

Le serment supplétoire ne peut-il être déféré que d'office par le juge ? A prendre l'article 1367 à la lettre, il semble bien que cette question doit être tranchée par l'affirmative. Cependant la jurisprudence a décidé avec raison que les parties peuvent, par leurs conclusions, proposer la délation du serment. Cette solution est la conséquence de la théorie admise par la jurisprudence à propos du serment décisoire. Il s'agissait de savoir si le serment déféré par le demandeur, subsidiairement et après que les moyens propres à justifier sa demande ont été soulevés, était bien un serment décisoire. Les Cours d'appel, après deux arrêts fort anciens (1) de la Cour de cassation, ont décidé qu'un tel serment n'était pas décisoire, mais bien supplétoire. D'où il résulte que le serment supplétoire peut être proposé par les parties. Le juge statue sur ces conclusions; mais on comprend aisément qu'il ne peut y faire droit et déférer le serment supplétoire que si les conditions de l'article 1367 sont remplies.

Le jugement par lequel un Tribunal défère le serment supplétoire doit être considéré comme un jugement interlocutoire; en effet, aux termes de l'article 452 du Code de procédure civile, sont interlocutoires... les jugements ordonnant une preuve. Du caractère de ce jugement découle une double conséquence : le juge n'est en aucune façon lié par ce jugement et, d'autre part, la partie peut attaquer ce jugement avant que

(1) Cass., 30 oct. 1810, S. chr ; — 7 nov. 1838, S. 38.1.875.
Doctrines contraire.

la décision sur le fond soit rendue. D'une part, le juge n'est pas lié par le jugement déférant le serment supplétoire, de sorte que si, alors que le serment est ordonné mais non encore prêté, il acquiert soit par la production d'une pièce nouvelle, soit par tout autre moyen la conviction en l'absence de laquelle il avait déféré le serment, il peut et il doit même rapporter sa décision. De même, la juridiction d'appel, saisie même après la prestation du serment, peut ne pas tenir compte du serment prêté et statuer uniquement d'après les éléments fournis aux débats; elle peut même décider que le serment sera prêté par l'adversaire de la partie à qui il avait été d'abord déféré. D'autre part, le jugement déférant le serment supplétoire peut être attaqué par la voie de l'appel avant toute décision au fond, soit par la partie à qui il est déféré, soit par son adversaire, que le serment ait déjà été prêté ou non; c'est d'ailleurs ce que nous allons voir en étudiant les effets du serment supplétoire.

§ 2. — *Effets du serment supplétoire*

Nous nous placerons pour examiner les conséquences et les effets du serment supplétoire dans toutes les hypothèses qui peuvent se présenter.

1^o Supposons d'abord que la partie à laquelle le serment a été déféré *refuse de le prêter*. En matière de serment décisoire, la sanction de ce refus est prévue, c'est la condamnation de la partie qui refuse (art. 1361). En matière de serment supplétoire, rien de pareil; la loi ne prévoit aucune sanction de ce refus. Et

cela se comprend : le serment décisoire est une transaction aux termes de laquelle il est implicitement convenu que si telle partie prête serment elle gagnera son procès et qu'inversement si elle ne le prête pas, elle le perd ; cette partie refuse de prêter le serment convenu, *ipso facto* elle succombe. Le serment supplétoire, lui, n'est qu'une mesure d'instruction mise à la disposition du magistrat pour éclairer sa religion ; la partie à laquelle le serment est imposé, refuse de le prêter : le magistrat n'aura pas, pour décider, le complément d'information qu'il demandait et c'est tout. Sans doute le juge aura bien le droit de penser que la partie a refusé le serment parce qu'en conscience elle ne pouvait le prêter sous peine de parjurer ; sans doute cette opinion du juge pourra être d'un grand poids dans la balance et entraîner sa conviction, mais ce n'est pas fatal ; il y aura encore là, une question de fait que le magistrat résoudra par un pouvoir souverain d'appréciation. Le plus souvent ce refus entraînera la condamnation de son auteur, mais ce n'est pas une conséquence légale ou nécessaire, car ce refus pourra provenir d'une autre cause que celle que l'on peut présumer, par exemple d'un défaut de certitude *absolue*, d'une rédaction inacceptable de la formule, etc. Dans ces diverses hypothèses, le juge appréciera les raisons du refus, s'il les connaît et s'il les trouve admissibles, il statuera d'après les éléments de preuve qu'il possède.

2° Supposons maintenant que *la partie accepte de le prêter*. Dans cette hypothèse encore, les dispositions légales relatives au serment décisoire ne sauraient s'ap-

pliquer. La délation du serment supplétoire n'est pas décisive; sa prestation n'entraîne pas nécessairement la condamnation de la partie adverse. Les effets de ce serment sont soumis au pouvoir souverain d'appréciation du magistrat et la partie adverse peut, suivant les circonstances, combattre l'efficacité de ce serment de deux façons : si le délai d'appel du jugement interlocutoire déférant le serment n'est point expiré, il pourra attaquer ce jugement par une voie de recours et faire décider que le serment a été déféré à tort; s'il ne peut user de ce moyen, il lui est permis de démontrer au Tribunal que ce serment a été faussement prêté.

Et d'abord le jugement qui défère le serment peut être attaqué par l'adversaire de la partie à laquelle il a été déféré. Si le jugement interlocutoire est susceptible d'appel, l'adversaire peut, si les délais ne sont pas expirés, frapper d'appel le jugement et faire décider par les juges du deuxième degré que le serment a été déféré à tort. Cette voie de recours peut être utilisée pendant tout le délai de la loi, même si le serment a été prêté; la prestation du serment ne fait pas obstacle à l'appel du jugement le déférant, les juges d'appel décideront d'après les éléments du procès sans tenir compte du serment prêté. Les voies de recours peuvent être employées contre les jugements déférant le serment supplétoire parce que la délation de ce serment constitue une mesure d'instruction et non une transaction; mais si ces jugements font l'objet d'un accord, d'une convention expresse ou tacite, d'une ratification implicite, ils deviennent inattaquables par les voies or-

dinaires de recours; c'est ce qui a lieu lorsque la partie a acquiescé au jugement. De nombreuses controverses se sont élevées sur le point de savoir dans quels cas une partie pouvait être réputée avoir acquiescé au jugement interlocutoire. La jurisprudence des Tribunaux, qui a longtemps varié, dans les diverses hypothèses où elle se plaçait, semble s'être arrêtée à un système définitif. La solution de cette question varie suivant que la partie adverse était présente à la prestation du serment, qu'elle était absente ou qu'elle y était représentée par son avoué.

La partie adverse était-elle présente à la prestation du serment ? La Cour de cassation a décidé, par un arrêt récent, que la présence de la partie à la prestation de serment sans protestation ni réserve emporte acquiescement au jugement interlocutoire (1). Cette opinion de la Cour suprême avait déjà été affirmée dans un arrêt ancien (8 juin 1819), mais depuis l'opinion contraire avait toujours prévalu, appuyée d'ailleurs sur l'autorité de quelques savants commentateurs.

La partie adverse était-elle absente de l'audience à laquelle le serment a été déféré ? La Cour de cassation n'a jamais été appelée à statuer dans cette hypothèse. Un nombre important de décisions des Cours d'appel et quelques auteurs décident que le fait, par une partie qui a reçu sommation, de faire défaut à l'audience où le serment est déféré et de ne faire aucune opposition ou protestation, constituait un acquiescement au juge-

(1) 15 juillet 1902, *Le Droit*, 10 oct. 1902.

ment interlocutoire. La majorité des auteurs et, nous semble-t-il, le plus grand nombre des Cours d'appel estiment, au contraire, que le silence de la partie adverse ne peut le priver d'une partie du délai et du bénéfice du recours auquel elle a droit, surtout en l'absence d'une mise en demeure formelle. Cette opinion, à laquelle nous nous rallions, nous paraît de beaucoup la plus raisonnable.

Enfin, la partie adverse était-elle représentée par son avoué à l'audience où a eu lieu la prestation ? La Cour de cassation a décidé dans un arrêt déjà ancien (1) que la présence et l'attitude de l'avoué à l'audience ne pouvaient en aucun cas être considérée comme un acquiescement. L'avoué ne peut acquiescer qu'en vertu d'un mandat spécial; d'assez nombreuses décisions de Cours d'appel sont cependant intervenues en sens contraire; l'opinion de la Cour suprême nous paraît préférable.

Par conséquent, si le jugement interlocutoire est en dernier ressort, la partie adverse pourra-t-elle l'attaquer par la voie extraordinaire de la requête civile, au cas où elle aurait découvert des pièces de nature à modifier la solution du procès ? La majorité des auteurs enseigne que la fausseté du serment ne constitue pas le dol personnel dont parle l'article 480 § 1 du Code de procédure civile et que, par suite, la requête civile ne peut être employée comme moyen de rétractation. D'après cette opinion, la fausseté du serment ne

(1) 14 juin 1836, S. 36.1.840.

suffit pas : il faut que la partie ait employé des manœuvres frauduleuses pour obtenir le jugement déférant le serment. La solution contraire nous paraît plus conforme au sens de l'article 480 du Code de procédure civile et à l'équité. Le faux serment constitue un dol personnel suffisamment caractérisé; c'est bien là, comme le dit un arrêt de la Cour de Bordeaux du 4 février 1856, « un artifice, un mensonge employé par une partie afin de tromper la justice et qui l'a, en effet, égarée au préjudice de l'autre partie. » Au point de vue de l'équité, ce système semble préférable puisqu'il permet à une partie de triompher d'un adversaire qui n'a pas craint de parjurer pour gagner son procès.

Quelle que soit la solution que l'on admette sur ces différents points, il faut reconnaître à l'adversaire de la partie qui prête le serment le droit de prouver la fausseté du serment prêté; il peut faire cette preuve devant les juges de première instance ou devant les juges d'appel. Lors même que cette partie n'arriverait pas à faire la preuve complète de la fausseté du serment, elle peut faire naître dans l'esprit du juge, qui décide souverainement, des doutes qui lui profiteront. Si la fausseté du serment est reconnue, la partie adverse peut, non seulement triompher, mais encore obtenir des dommages-intérêts soit dans l'instance même, soit sur la poursuite intentée par le ministère public pour délit de faux serment, soit dans une instance civile distincte. Cette conséquence paraît être discutée par des commentateurs aussi considérables

que Demolombe. A notre avis, ces divergences nous semblent être plus apparentes que réelles. Demolombe soutient seulement, ce qui est exact, que l'on ne peut rechercher la preuve du faux serment, parce que pour cela il faudrait renouveler le débat originaire, ce qui est impossible en raison de l'autorité de la chose jugée. Mais ce que Demolombe ne peut contester, c'est que lorsqu'on se trouve en présence d'une fraude *reconnue* ou *démontrée*, dont on n'a pas par conséquent à rechercher la preuve en violation du principe de l'autorité de la chose jugée, une action en dommages-intérêts ne saurait être refusée à la partie qui, de ce chef, a subi un préjudice.

3° Enfin, une troisième hypothèse peut être envisagée, c'est celle dans laquelle le serment n'a pas été prêté en raison du *décès de la partie à qui il était déféré* soit qu'elle ait déclaré accepter de prêter serment, soit qu'elle n'ait fait aucune déclaration: la délation du serment doit être considérée comme non avenue. Le juge pourra donc : ou déférer le serment supplétoire à l'autre partie, ou déférer aux héritiers de la partie décédée le serment supplétoire de crédulité admis par la Cour de cassation, ou juger d'après les seuls éléments du procès, en tenant compte, s'il y a lieu, des intentions que le défunt a pu manifester au sujet du serment qui lui avait été déféré.

*
* *

Tels sont les conditions et les effets du serment supplétoire. De tous les modes de preuve admis par notre

législation, il nous apparaît comme le moins sûr et le plus dangereux. Le juge, en effet, dont la conviction hésite à se former entre les divers éléments contradictoires du procès, va chercher un complément de preuve qui sera souvent une preuve décisive, puisque ce complément de preuve fera pencher la balance en faveur de l'une ou de l'autre solution. A qui demandera-t-il cette preuve ? A la partie elle-même qui va ainsi se faire son propre juge. A quelle épreuve le magistrat ne soumettra-t-il pas la conscience du plaideur, ainsi placée entre son devoir et ses intérêts ? Et quelle sécurité, quelle garantie offre ce serment ? Nous savons bien que les partisans de cette institution voient dans la religion et dans la bonne foi la raison et la force du serment ; mais ne peut-on pas répondre par le dilemme de Pothier : Quand un homme est honnête, dit cet auteur, il n'a pas besoin d'être retenu par la religion pour ne pas réclamer ce qui ne lui est pas dû ou ne pas contester ce qu'il doit ; et quand un homme n'est pas honnête, quelle crainte aura-t-il de se parjurer ? Est-ce que cet argument n'est pas encore plus décisif aujourd'hui où, il faut bien l'avouer, la bonne foi tend à disparaître de plus en plus, pour faire place à un détestable esprit de lucre et de chicane ? Et ne devrait-on pas dire comme le jurisconsulte Papon : « Serments supplétifs ne sont reçus en Parlement de Paris, comme chose préjudiciable au salut éternel, pour avoir connu les mœurs des hommes, par inclination du temps, dépravées jusqu'à mépriser tel sacrement, en peu de chose ».

Oui, sans doute; le serment supplétoire est un instrument dangereux et d'une efficacité douteuse. Cependant, malgré tout, il peut rendre des services et parfois contribuer à la manifestation de la vérité; mais il ne sera vraiment utile que s'il est employé par le juge d'une façon prudente et judicieuse. Que le magistrat ne défère le serment que dans les cas extrêmement rares où sa sagacité est impuissante à découvrir la vérité; qu'il se serve avant d'en arriver là de tous les moyens dont il peut disposer et si, malgré tout, sa religion n'est pas éclairée, qu'il défère d'office le serment supplétoire, mais qu'il n'en fasse pas dépendre la décision de la cause, suivant l'expression de l'article 1366. Il a un pouvoir discrétionnaire d'appréciation; qu'il en use avec sagesse et qu'il ne laisse point l'affirmation d'une partie triompher trop facilement des scrupules qu'un examen attentif du procès a pu faire naître sans son esprit.

II. — SERMENT *in litem*

Nous venons d'étudier dans quelles hypothèses le serment supplétoire proprement dit peut être déféré par le juge. Une partie formule une demande : cette demande n'est ni complètement dénuée de preuve ni complètement justifiée, le juge défère le serment pour assurer sa conviction sur l'existence même du droit du demandeur. Modifions l'espèce : une partie introduit une demande en restitution d'objets dérobés ou retenus indûment; il établit le bien-fondé de sa demande, mais il ne peut justifier par aucun des modes de preu-

ves admis par notre législation, à quel chiffre s'élève cette demande. Le juge pourra alors déférer au demandeur le serment *in litem*. Comme le serment supplétoire, le serment *in litem* ou *en plaids* ou *estimatoire* a sa raison d'être dans l'insuffisance des preuves, mais il est justifié. Le demandeur, en effet, a d'abord prouvé l'existence de son droit; sur ce point, aucun doute n'est possible; il reste à prouver l'étendue de ce droit. Si le défendeur voulait donner satisfaction au demandeur, il n'aurait qu'à lui restituer ce qu'il réclame; mais cette restitution est impossible par le fait du défendeur; il faut bien que le demandeur établisse le montant de sa réclamation; il le fera par le moyen du serment *in litem*. Tandis que le défendeur peut faire à son adversaire auquel est déféré le serment supplétoire, le grief de n'avoir pas fourni une preuve complète — à quoi il est obligé —, le défendeur ne peut pas reprocher au propriétaire d'un objet de prouver la valeur de cet objet par le serment *in litem*, puisque c'est par sa faute, à lui défendeur, que le demandeur est mis dans un tel embarras. Et puis, ce serment ne porte véritablement que sur une évaluation qui peut être contrôlée avec efficacité par le juge; il y aura presque toujours dans la cause des éléments qui permettront d'apprécier la sincérité du serment *in litem*.

Le législateur, qui a accepté le serment *in litem* tel qu'il existait dans la législation coutumière, n'a consacré à ce mode de preuve qu'un seul article du Code civil, l'article 1369. Cette particularité semble indiquer nettement que le serment *in litem* doit être

considéré comme une sorte de serment supplétoire auquel s'appliqueront les règles des articles 1366 et suivants. Cependant, l'article 1369 prescrit des règles spéciales en ce qui concerne les conditions et la sphère d'application du serment *in litem*.

§ 1. — *Conditions et sphère d'application
du serment in litem*

Le serment *in litem* peut être déféré dans tous les procès où une partie réclame à son adversaire la restitution d'une chose lui appartenant, mais qui a été retenue légitimement ou de mauvaise foi par le défendeur et qui ne peut être rendue en nature : d'une façon plus générale dans tous les cas où, pour une raison quelconque, le défendeur est tenu à une réparation. On ne peut songer à donner une énumération des cas dans lesquels le serment *in litem* peut être employé; il est cependant possible de signaler les hypothèses dans lesquelles on emploie le plus fréquemment ce mode de preuve. C'est, par exemple, le cas de dépôt nécessaire, dont parle l'article 1949 du Code civil, par suite d'incendie, de naufrage ou de tumulte; c'est aussi le cas — le plus fréquent en pratique — de dépôt fait par un voyageur dans un hôtel. Ce dépôt est assimilé au dépôt nécessaire (articles 1348 et 1952 du Code civil). Un voyageur dépose ses bagages à l'hôtel où il loge; le propriétaire refuse de les restituer ou refuse d'en payer la valeur alors que ces objets ont disparu dans des circonstances engageant sa responsabilité. Le voyageur engagera une action contre le propriétaire

de l'hôtel et pourra établir la valeur des objets à l'aide du serment in litem (1). De même, le serment in litem pourra être déféré dans le cas d'une action en indemnité dirigée contre un entrepreneur de transport à raison de la perte d'objets confiés à ses soins (2); dans le cas de vol, de dépôt simple, etc. La Cour de cassation a admis que le serment in litem pouvait être déféré au débiteur pour affirmer la quotité des intérêts usuaires dont il demande la restitution (3). La doctrine admet d'une façon unanime la même solution dans l'hypothèse où un mineur devenu majeur agit contre son tuteur qui n'a pas fait inventaire des biens de son pupille (4), sans toutefois que cette solution puisse être étendue au cas où le tuteur, ayant fait faire inventaire, n'a pas tenu un compte régulier de sa gestion; dans ce cas, en effet, une autre condition de recevabilité du serment in litem fait défaut. Enfin, Toullier rapporte un arrêt du Parlement de Grenoble déférant le serment in litem contre une partie qui refusait injustement d'exhiber un acte décisif qu'il détenait; l'auteur ajoute que cette solution, conforme au droit romain, doit être approuvée.

Dans les actions du genre de celles que nous venons

(1) Rouen, 13 Germinal an 10, Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Responsabilité, n^o 538.

(2) Rouen, 2 fructidor an 13, P. chr ; Bruxelles, 23 mai 1831, P. chr.

(3) Cass., 8 déc. 1832, Dalloz, *Jur. gén.*, v^o Obligations, n^o 5393.

(4) Chambéry, 29 déc. 1890, *Rec. arr. Grenoble* 1891.2, 109.

d'indiquer, il ne suffira pas que le principe de la demande soit établi et que la restitution en nature soit impossible, il faudra aussi et *surtout* que le juge n'ait à sa disposition aucun autre moyen d'établir la valeur de la chose réclamée. C'est une condition formellement imposée par l'article 1369 du Code civil. Cette impossibilité de prouver la valeur des choses réclamées n'existera pas souvent : le juge pourra, en effet, exiger que cette justification lui soit faite par l'un des nombreux modes de preuves admis par les législations civile ou commerciale; il pourra même apprécier cette valeur, d'après les circonstances et les documents de la cause, puisqu'il est toujours expert de droit. Quoiqu'il en soit, si le juge défère le serment in litem dans un procès où il aurait pu connaître par un autre moyen l'importance de la réclamation, son jugement sera exposé à la censure de la Cour de cassation. Si le juge trouve dans les éléments de la discussion une preuve de la valeur de la chose, mais une preuve insuffisante, une demi-preuve qui ne lui permet pas d'avoir une certitude complète, et si aucune présomption ne vient s'ajouter à cette demi-preuve, comment devra-t-il éclairer sa religion ? La Cour de cassation belge a décidé que, dans ce cas, le juge doit déférer non pas le serment in litem mais le serment supplétoire; en effet, il s'agissait, dans l'espèce, de statuer sur un point qui n'était pas complètement prouvé ni absolument dénué de preuves; d'ailleurs, le serment in litem ne pouvait être déféré avant que les preuves existant au procès aient été discutées. D'autre part, si la valeur de la

chose peut être déterminée approximativement, par exemple au moyen d'une information par commune renommée, le juge peut-il déférer le serment estimatoire ? Laurent estime que la commune renommée ne peut être employée en pareil cas, car c'est là une preuve exceptionnelle que l'on ne peut employer que dans les hypothèses limitativement déterminées par la loi ; or, l'article 1369 n'en parlant pas, ce mode de preuve n'est pas admissible. En sens contraire, les anciennes coutumes, notamment la coutume de Bretagne rédigée en 1580 exigeait qu'on informât « préalablement, par gens suffisans, que sa perte peut être telle... ». Entre ces deux opinions extrêmes, dont l'une exclut la commune renommée, et l'autre en fait une condition nécessaire, il y a place pour une opinion moins radicale qui nous semble meilleure. Evidemment, hors les cas prévus par la loi, la commune renommée n'est pas un moyen de preuve légal, et le juge ne peut pas se baser sur ce mode d'information pour se faire une conviction, mais quel est le texte législatif qui l'empêche de tirer de la commune renommée une présomption que d'autres présomptions pourront corroborer ? Et en pratique, cette solution ne sera-t-elle pas d'une utilité certaine ? Le dépositaire d'un coffre-fort est en butte à une action en restitution. Il reconnaît ne pouvoir restituer l'objet du dépôt et le déposant, qui est une personne besogneuse, un débiteur poursuivi et sans ressource, prétend que ce coffre contenait une grosse somme. Niera-t-on l'utilité d'une enquête qui viendra démontrer la précarité de la situation de ce déposant et l'invéraisem-

blance de ses déclarations ? N'est-il pas plus logique de dire que la commune renommée pourra servir à déterminer la valeur de la chose, le juge gardant pour apprécier son efficacité, un pouvoir souverain d'appréciation.

L'impossibilité d'établir la valeur de la chose est une question de fait que le juge tranche discrétionnairement. La décision échappe sur ce point au contrôle de la Cour de cassation. La seule obligation imposée aux Tribunaux est de constater dans le jugement que cette impossibilité existe, obligation d'ailleurs imposée à peine de cassation de la décision qui n'y satisferait pas.

Enfin, la délation du serment estimatoire est soumise à une dernière condition : le juge doit déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur sera cru sur son serment. De crainte que le demandeur ne soit tenté d'abuser de la confiance que le juge place en lui, ou que, par un sentiment d'ailleurs bien naturel, la valeur de la chose réclamée ne prenne à ses yeux de trop grandes proportions, le législateur a adopté sur ce point la précaution que la jurisprudence ancienne imposait au juge. Mais fixer un chiffre, n'est-ce pas de la part du juge une imprudence ? N'est-ce point donner au demandeur une latitude dont il peut abuser ? D'autre part, comment le juge pourra-t-il fixer un chiffre maximum puisque, par hypothèse, il n'a aucune notion de la valeur de la chose ? Il nous semble que l'on ne comprend pas très bien l'utilité de cette fixation. On dit que cette précaution est nécessaire

pour éviter que le demandeur ne prenne en considération la valeur d'affection de la chose au lieu de se prononcer seulement sur la valeur intrinsèque. Mais puisque le juge a un pouvoir d'appréciation ; puisque, ainsi que nous allons le voir, il n'est pas lié par le serment, il pourrait aussi bien se dispenser de fixer expressément un chiffre ; si le chiffre établi par le serment lui paraissait trop élevé, il n'aurait qu'à le réduire ; au lieu d'imposer une limite dans son jugement, il la fixerait dans son esprit et ce système aurait l'avantage de ne pas renseigner le demandeur sur la disposition d'esprit du juge : le résultat certain serait une plus grande sincérité du serment estimatoire. D'autant qu'il est assez difficile et souvent impossible pour les Tribunaux d'apprécier la somme au-dessus de laquelle le demandeur ne sera pas cru. En effet, d'après quelles données le juge fixera-t-il ce chiffre puisqu'il n'a aucune idée de la valeur de la chose. La doctrine indique que le juge doit prendre en considération les circonstances, la situation du demandeur, ses habitudes, sa conduite, sa bonne ou sa mauvaise foi, la gravité de la faute commise par le défendeur, et aussi l'utilité de l'objet réclamé, le dommage qui est résulté de sa retenue, etc. Par exemple, dans le cas d'une malle égarée à l'hôtel, l'appréciation sera relativement facile : elle pourra être faite d'après la profession du demandeur, la durée de son voyage, sa situation de fortune, etc. Mais dans le cas d'un dépôt nécessaire, la mission du juge va devenir plus difficile et parfois il pourra manquer de tout élément de décision. Dans ce cas, le juge

devra suivre la tradition de notre ancienne jurisprudence et recourir à une information par commune renommée. De la sorte, il aura sur la personne du demandeur, qu'il ne connaît pas, des renseignements qui lui permettront d'avoir une opinion sur ses allégations. Laurent, qui refuse au juge le droit de se servir de la commune renommée pour apprécier la valeur de la chose, admet pourtant que ce mode d'information peut être employé pour la détermination du chiffre maximum au-delà duquel le demandeur ne sera pas cru. Il est admis, d'autre part, par la Cour de cassation, que la fixation de ce chiffre peut ne pas être expresse et résulter implicitement des énonciations du jugement (1).

Le serment *in litem* pourra donc, si les conditions prescrites sont réunies, être déféré. A qui sera-t-il déféré ? Ici encore on constate une différence avec le serment supplétoire. Ce dernier peut être déféré à l'une quelconque des parties (art. 1366); le serment estimatoire ne peut être déféré qu'au demandeur par la raison que lui seul connaît la valeur de la chose qu'il réclame. Avant la loi du 2 août 1868, le Code civil indiquait une exception à cette règle en faveur du maître, débiteur des gages de son domestique; le serment sur la quotité des gages était déféré au maître; la loi du 2 août 1868 a, avec beaucoup de raison, abrogé cette disposition. Nous venons de dire que le serment est déféré au demandeur, en raison de ce qu'il connaît la valeur de la chose réclamée; il résulte de là que si le demandeur meurt avant d'avoir prêté serment, son

(1) Cass., 27 février 1854, D. 54.1.248,

héritier pourra être admis à le déférer, s'il a eu connaissance du fait (1). La circonstance que cet héritier est encore mineur ne mettra pas obstacle à la délation du serment estimatoire; le même arrêt de cassation déclare, en effet, que rien ni dans la loi romaine ni dans la loi française ne s'oppose à ce que le mineur prête le serment estimatoire; qu'il pourra donc le prêter s'il a eu connaissance de la chose et si sa raison est assez développée pour inspirer confiance à la justice. Dans le cas contraire, il n'est pas contesté que le serment pourrait être déféré au tuteur ou au curateur. Enfin, le serment estimatoire peut aussi bien être déféré contre les héritiers du défendeur que contre le défendeur lui-même; c'est, en effet, dans notre droit un simple moyen de preuve, et non comme en droit romain, la peine du dol applicable seulement à celui qui en était coupable.

§ 2. — *Effets du serment in litem*

Le serment in litem a, dans sa nature, une grande analogie avec le serment supplétoire. Comme ce dernier, il est une simple mesure d'instruction ordonnée par le juge. Aussi ce que nous avons dit du serment supplétoire s'applique au serment in litem. La première hypothèse que nous avons examinée ne semble pas devoir être possible dans le cas de serment in litem; on conçoit mal en effet qu'un demandeur agissant en res-

(1) Cass., 9 vendémiaire an XIV, S. chr; — Bruxelles, 20 février 1829, *Pasierisie belge*, 1829, p. 70; — Bordeaux, 2 déc. 1840, *Journ. av.*, Bordeaux 1840, p. 592.

titution se refuse à affirmer sous serment la valeur des choses réclamées ; le principe de sa demande étant reconnu fondé, il ne saurait avoir de scrupules à prêter serment. Il acceptera donc de prêter serment sur les bases fixées par le jugement. Or, ce jugement ne lie, ni les parties, ni le juge, d'une façon définitive. Le défendeur peut attaquer le jugement interlocutoire déférant le serment et le faire réformer par la juridiction du second degré, soit qu'il y ait dans la cause des éléments suffisants pour permettre aux premiers juges de statuer de plano, soit que l'évaluation faite par le juge soit exagérée. Le juge lui-même peut se rétracter si des éléments nouveaux viennent modifier l'état de la cause. De même, si le serment a été prêté, les juges ne sont pas liés par le chiffre affirmé par le demandeur. Cette théorie a été vivement combattue par le jurisconsulte Taulier. Aujourd'hui encore M. Garsonnet se refuse à l'admettre. Nous estimons cependant qu'il faut reconnaître au juge une entière liberté d'appréciation ; sa mission est de rechercher la vérité, et d'apprécier, en conscience, les litiges qui lui sont soumis. Cette opinion était celle des jurisconsultes romains, on la retrouve dans Beaumanoir (chap. 39 § 79), dans Pothier (des Obligations n° 834) ; elle ne semble pas avoir été repoussée par le Code civil. Au surplus elle est conforme à la nature même du serment *in litem* ; le serment *in litem* est une mesure d'instruction dont l'utilité et la valeur ne sauraient être imposés au magistrat. Enfin comme le serment supplétoire, le serment *in litem* ne saurait être référé à son adversaire par la partie à laquelle il a été déféré.

CONCLUSION

Lorsqu'on se rend un compte exact de l'importance de la preuve dans toute législation, si l'on veut bien admettre que les conventions sont la base de toute société et que les conventions n'existent qu'à condition d'être prouvées, on se demande si le législateur français a pu, dans les quelque cinquante articles du **Code** civil qui sont consacrés à cette matière, remplir d'une façon satisfaisante la mission qu'il s'était proposée. La tâche était dure ; là surtout, disait le tribun Jaubert dans son rapport, le législateur a dû profondément réfléchir sur les habitudes des hommes, sur l'influence des faits qui arrivent ordinairement, sur les dangers dont l'intérêt personnel environne trop souvent la conscience et sur les précautions qui doivent être prises en faveur de la bonne foi contre l'immoralité. On imagine aisément que la meilleure preuve serait celle qui nous donnerait le plus simplement la plus grande somme de certitude. Il ne nous semble pas que notre législation ait atteint cet idéal, si désirable, de clarté et de simplicité. Nous avons fait remarquer dans le cours de nos

explications les obscurités que présentent certains textes ; l'examen des diverses questions que nous avons abordées nous a permis de constater combien de difficultés d'interprétation, combien de complications arrêtent à chaque pas l'attention du juriconsulte. Ce travail, considérable d'ailleurs, des législateurs, marque un immense progrès sur notre ancien droit ; avant notre Code, les règles de la preuve existaient éparses dans les lois romaines, dans les ouvrages de Domat et de Pothier, souvent vagues et mal définies, plus souvent encore obscures et incompréhensibles. Ce contraste a pu établir aux yeux des législateurs l'incontestable supériorité du système des preuves tel qu'il est conçu par le Code civil ; est-ce à dire que l'œuvre des législateurs de la période intermédiaire soit au-dessus de toute critique ? Non, certes, et les griefs n'ont pas manqué. Nous ne parlerons pas des critiques de détail qu'à chaque article les commentateurs et les Tribunaux ont élevées, souvent à juste titre. D'une façon générale le système des preuves s'est heurté aux objections des deux écoles extrêmes dont notre Code s'est séparé en s'arrêtant à une opinion intermédiaire. Les partisans de la preuve simple, suivant laquelle tous les modes de preuve doivent être admis par le juge qui est libre d'apprécier le degré de force probante de chacune, reprochent au législateur d'avoir restreint la liberté que toute personne devrait avoir, de démontrer l'existence de son droit par tous les moyens possible ; ils lui reproche surtout d'avoir, en indiquant dans de nombreux cas quel devait être l'effet de tel ou tel mode de preuve, restreint

le pouvoir d'appréciation du juge et édicté des règles contre lesquelles sa conviction personnelle, acquise en toute connaissance de cause et en toute conscience, ne saurait prévaloir. D'autre part les partisans de la théorie de la preuve légale qui voudraient des modes de preuve limitativement désignés par la loi et classés suivant une valeur déterminée et invariable, ne peuvent excuser le législateur de n'avoir pas pris plus de garanties qu'il ne l'a fait. Dans de nombreux cas, disent-ils, vous livrez le procès à l'arbitraire du juge, arbitraire qui évoque l'histoire douloureuse de la justice du moyen âge et contre lequel on ne saurait assez protester. Et puis dans de nombreuses espèces, le danger de certains moyens de preuve apparaît nettement, dans d'autres cas l'ordre public est intéressé à ce qu'existent des règles fixes dont l'arbitraire du juge ne pourra s'écarter. Réglementez donc sévèrement : défiez-vous de l'homme et faites une loi telle que le juge n'ait qu'à l'appliquer d'une façon mécanique. Ni l'un ni l'autre des deux systèmes ne nous paraissent admissibles; comme toutes les doctrines trop absolues, ils sont trop dangereux. Le système du Code civil nous semble préférable; les deux systèmes ont des avantages et des inconvénients, il faut les combiner : dans quelle mesure ? Voilà la question.

D'autres jurisconsultes ont élevé d'autres critiques qui, pour être d'un ordre moins général, n'en sont pas moins fondées et dignes d'être prises en considération. Et d'abord les actes notariés, qui font pleine foi en justice, sont purement facultatifs; il est facile de dissi-

muler droits ou obligations et de tromper les tiers au moyen d'actes sous seings privés; et même, les actes authentiques peuvent être combattus par des contre-lettres qui, sans avoir d'effet contre les tiers, n'en sont pas moins une source de grosses difficultés pratiques. Et la preuve testimoniale, quelle valeur a-t-elle ? L'intérêt matériel a toujours prévalu sur la conscience: la mauvaise foi augmente à mesure que se développe l'aspiration de toutes les classes au luxe, et multiplie ses artifices; quelle confiance peut-on avoir dans le serment des témoins, dont la corruption est d'autant plus possible que l'intérêt en jeu est plus gros ?

Ces observations sont parfaitement exactes; mais que faire ? Adopter la solution proposée par ces mêmes auteurs ? Voyons : supposons, dit un partisan de cette théorie, que la loi prohibe généralement les actes sous seing privé et défende, en même temps, toute simulation; que ces prohibitions soient sanctionnées par la nullité des actes et la responsabilité de l'officier public; qu'elle enjoigne à toutes les parties de désigner dans les actes leur véritable domicile; n'est-il pas vrai de dire que la source des procès de fraude, de domicile et de vérification d'écritures serait tarie ? qu'un grand nombre de contestations qui ne tiennent qu'à l'obscurité des actes privés, à leur perte ou à leur insuffisance, disparaîtraient avec leurs causes ? que la preuve par témoins serait réduite à sa plus simple expression puisqu'elle ne subsisterait que pour les obligations d'une valeur moindre de 150 francs et pour celles naissant des délits, quasi-délits ou quasi-contrats, et qu'elle

n'existerait plus contre et outre le contenu aux actes ni dans le cas d'un commencement de preuve par écrit, l'obligation de rédiger un acte authentique rendant inadmissible la preuve par témoins dans ces deux cas ? Les inconvénients de ce système sont graves, nous semble-t-il; obliger les parties contractantes à faire dresser acte authentique de toutes leurs conventions, quelles qu'elles soient, quelle qu'en soit l'importance, n'est-ce pas apporter une entrave aux transactions nombreuses de la vie civile et imprimer à notre législation un formalisme rigoureux, si contraire à notre esprit et à nos tendances ? La présence du notaire à l'acte empêcherait-elle les procès de toute nature qui résultent même d'actes notariés rédigés avec le plus grand soin et sur l'interprétation desquels nous voyons chaque jour naître les plus grosses difficultés ? Et puis, ne serait-ce pas imposer aux parties contractantes l'obligation de payer des frais d'autant plus importants qu'ils seraient perçus plus souvent ?

Nous estimons pour notre part qu'aucune disposition légale ne pourra abroger la mauvaise foi qui préside trop souvent à la formation des contrats. Quelle que soit la solution que l'on propose, il nous paraît impossible d'empêcher les gens de mauvaise foi de tromper les tiers ou leurs co-contractants, ou de corrompre les témoins. Dans quelle mesure les Tribunaux pourraient-il, par une application sévère des articles 1382 et 1383, établir une sanction sévère contre la mauvaise foi assimilée au quasi-délit ? Le législateur ne devrait-il pas édicter contre l'individu coupable de mau-

vaïse foi une peine analogue à celle dont est passible quiconque a suborné un témoin ? cette sanction, plus théorique d'ailleurs que pratique, ne produirait-elle pas le résultat salulaire qu'on peut en attendre ? On a le droit d'être sceptique ; mais, d'autre part, on ne devrait pas hésiter à provoquer de pareilles mesures si on pouvait être certain d'obtenir un résultat, quelque léger qu'il fût.

Il semble donc qu'il faut se placer à un point de vue moins général, si l'on veut se rendre compte des modifications qu'il serait non seulement utile, mais surtout possible d'apporter à notre système de preuves. De toutes les réflexions que suggère l'étude des relations juridiques actuelles des individus, celle qui frappe le plus l'observateur c'est une tendance vers l'abolition du formalisme. A mesure que la majorité devient plus instruite, à mesure que l'écriture se propage d'avantage dans les milieux où elle était inconnue il y a quelques années, que les transactions deviennent plus nombreuses, la vie plus active et les relations plus faciles et plus rapidement nouées et utilisées, le formalisme qui étreint encore notre vieux Code civil devient une entrave en même temps que disparaît sa raison d'être et son utilité. On demande à la loi d'être avant tout simple, claire et pratique ; et puisque l'écriture est le mode de preuve à la fois le plus sûr et le plus simple, pourquoi n'admettrait-on pas dans notre Code civil toutes les preuves écrites, quelles que soient les formes qu'elles revêtent et sans qu'aucune limitation soit apportée à leur usage ? Pourquoi ne laisserait-on pas en

matière civile la même liberté qu'en matière commerciale ? Les transactions commerciales sont-elles de moins grande importance que les conventions civiles ? ou ces dernières méritent-elles plus ou moins d'intérêt que les premières ? Mais, pourrait-on objecter, si vous étendez au droit civil les modes de preuves admis en droit commercial, vous élargissez du même coup la sphère d'application du témoignage, ce qui est un inconvénient certain ! Mais, répondons-nous, cette conséquence n'est point fatale, et la sphère d'application de la preuve testimoniale, loin d'être augmentée, serait restreinte car cette preuve ne serait pas possible dans le cas de l'article 1347 du Code civil, c'est-à-dire dans le cas où elle est admise pour corroborer un commencement de preuve par écrit. La preuve testimoniale serait donc reçue uniquement dans les litiges inférieurs à 150 francs et dans les cas où il n'a pas été possible de se ménager une preuve. Mais même dans ces hypothèses qui se produisent fréquemment en pratique, des garanties seraient exigées. Le législateur inviterait le magistrat à s'éclairer *proprio sensibus* par la comparution personnelle des parties, les enquêtes faites à la barre du Tribunal et les descentes sur les lieux, au lieu d'avoir recours, comme cela arrive le plus souvent, aux enquêtes faites par un seul magistrat et aux expertises. Ces enquêtes et ces expertises sont bien des moyens d'instruction, mais qui ne donnent souvent qu'une idée fort inexacte de la réalité des choses; un examen des lieux fait par le juge vaut mieux qu'un long rapport d'expert, l'attitude d'une partie ou d'un témoin lui per-

met de se faire une conviction bien mieux que la lecture du procès-verbal d'enquête. Enfin cette modification aurait pour effet de supprimer des formalités longues et coûteuses dont l'inobservation entraîne souvent la nullité de la mesure d'instruction.

Enfin, le fait même d'autoriser le juge à accepter toutes les preuves écrites, sauf à apprécier la force probante de chacune d'elles, constituerait pour le magistrat une extension de son pouvoir souverain d'appréciation; dans une semblable mesure, nous estimons que la justice ne peut qu'y gagner. Le juge devrait s'efforcer d'appuyer sa conviction sur les présomptions tirées du débat, car, en somme, à condition d'admettre que ce n'est pas une vérité absolue, l'adage des juristes anglais « les faits ne mentent jamais » peut et doit s'appliquer; à condition de peser avec l'impartialité, avec l'attention et la prudence que lui dicte sa conscience, les présomptions que révèlent les faits de la cause, le magistrat jugera le plus souvent sainement et n'hésitera pas à rendre des décisions où l'équité prévaudra sur la rigueur des principes.

Voilà, à notre avis, dans quel sens le législateur devrait modifier notre système des preuves. Nous n'osons espérer une réforme atteignant spécialement notre matière, mais on doit souhaiter et on peut prévoir dans un avenir prochain une refonte complète de notre législation. L'œuvre de Portalis et de Bigot de Préameneu a fait son temps : nous avons besoin d'une législation en harmonie avec les mœurs et les institutions de notre époque.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	7
INTRODUCTION	9

PREMIERE PARTIE

Principes généraux gouvernant l'admission de la preuve

CHAPITRE PREMIER. — Définitions, Notions générales	14
CHAPITRE II. — Conditions d'admissibilité et d'exercice de la preuve.....	27
CHAPITRE III. — Qui doit prouver ?.....	38

DEUXIEME PARTIE

Des différentes sortes de preuves du Code civil

CHAPITRE PREMIER. — Classification des preuves.....	63
CHAPITRE II. — Preuves directes. — I. Des visites des lieux	69

CHAPITRE III. — Preuves directes (suite). — II. Des Expertises	95
CHAPITRE IV. — Preuves indirectes ; des Présomptions	123
CHAPITRE V. — Compléments de preuve.....	172
CONCLUSION	207

Vu :

Le Doyen,
Président de la Thèse,
Lyon, 25 Mai 1910.

FLURER.

Vu et permis d'imprimer :

Lyon, le 27 Mai 1910,

Le Recteur,

Président du Conseil de l'Université,

JOUBIN.

